

Análisis político criminal y dogmático del delito de daños en los recursos naturales en Colombia (Art. 331 del CP).

Por: Laura Rojas Escobar¹

Resumen:

El análisis dogmático y político criminal que se propone del delito de daño en los recursos naturales (artículo 331 del Código penal colombiano), pretende desentrañar las razones tras el auge de criminalización de esta infracción ambiental y delimitar correlativamente las circunstancias de aplicación del tipo en contextos donde la intervención penal sea legítima, excluyendo por su parte aquellas situaciones que vulneran las garantías básicas del imputado.

Abstract:

This study proposes a restrictive interpretation of section 331 of the Colombian Criminal Code, which criminalizes damage to natural resources, in order to limit its application to cases where criminal prosecution is legitimate. Based on legal analysis as well as a criminal justice policy approach, the author explains how and why prosecution has increased in this field, in aims to preserve the environment as a legally protected interest by the legislature.

Palabras clave: Delito de daño en los recursos naturales, Derecho penal, política criminal, derecho ambiental.

Key words: Natural resources damage, Criminal law, Criminal Justice Policy, Environment law.

Sumario: 1. Introducción 2. Descripción histórica de la protección legal al medio ambiente en Colombia: una mirada al delito de daño en los recursos naturales (art. 331 del CP) y al Derecho sancionatorio ambiental (Ley 1333 de 2009) 3. El bien jurídico tutelado en el delito de daños en los recursos naturales (art. 331 del CP) 4. Problemas del tipo penal de daño en los recursos naturales (art. 331 del CP) respecto de las garantías y límites del ius puniendi. 4.1. La diferencia entre el injusto administrativo y el injusto penal, especial consideración a la

¹ Artículo presentado para optar al título de Magíster en Derecho penal en la Universidad EAFIT, bajo la asesoría del profesor Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta. Esta investigación se inscribe dentro del Grupo de Investigación "Justicia y Conflicto", reconocido por Colciencias. (lrojases@eafit.edu.co).

administrativización del Derecho penal y los efectos en el tipo penal de daño en los recursos naturales en Colombia **4.2** Algunas consideraciones en torno a la flexibilización del principio de legalidad en materia medio ambiental **5**. Propuesta de interpretación dogmática del delito de daños en los recursos naturales (art. 331 CP) **6**. Conclusiones **7**. Bibliografía **8**. Anexos **8.1** Tabla de identificación de bienes de protección que pueden ser afectados **8.2** Tabla de determinación del grado de afectación ambiental **8.3** Tabla que da cuenta de la importancia de la afectación ambiental.

“Para nosotros el desarrollo ha significado el desconocimiento de nuestros derechos, la muerte del pescado, la división de nuestra comunidad, la muerte de Lucindo Domicó. El desarrollo para nosotros es que nos cambiaron de sitio los restos de nuestros muertos como si fueran huesos de animales. El desarrollo para nosotros es que inunden 28 lugares sagrados. (...)”

Hasta ahora, lo que conocemos del desarrollo es que a los que defendemos la vida y el medio ambiente nos dicen que somos egoístas; y a los cinco políticos y los bancos que quieren ganar plata con Urrá, les dicen que representan el interés de la nación. Si eso es el desarrollo, entonces tienen razón los que nos acusan. Porque nosotros sí estamos contra ese desarrollo” (Palabras del líder indígena asesinado, Kimy Pernía)².

1. Introducción

Los vínculos entre la violencia armada, la explotación de los recursos naturales y los conflictos socio-ambientales en Colombia son cada vez más evidentes. Así, las luchas de comunidades indígenas, afro-descendientes y campesinas por la reivindicación de sus derechos, entre ellos, al del medio ambiente sano, que en principio eran consideradas aisladas, hoy son una triste realidad que le pasa una oscura cuenta de cobro al modelo de desarrollo implementado en nuestro país a

² Discurso de Kimy Pernía en el foro de la Maestría de Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional, sede Bogotá, 2 de diciembre de 1999, citado en César Rodríguez Garavito; Natalia Orduz Salinas, *Adiós Río. La disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012, pp. 123 y 124.

partir de las políticas neoliberales³ y la reconfiguración de los usos del suelo fomentado en los últimos 20 años⁴.

³ A pesar de coincidir con varios autores respecto de la multiplicidad de versiones del neoliberalismo, en el presente trabajo se entiende por tal la teoría económica que apunta a la desregularización del mercado y a la privatización de las industrias estatales en aras de acabar con cualquier tipo de intervencionismo; ello por la supuesta ineficiencia del Estado (a quién sólo se le deja el papel de vigilante), la corrupción de los funcionarios públicos, las pocas ventajas comparativas en el mercado global y la falta de incentivos para la competencia. Los principales rasgos de la política neoliberal, constatables en el contexto colombiano de los últimos veinte años, son entre otros, la eliminación de los controles de los precios, la liberación del mercado financiero, la flexibilización del mercado laboral, la privatización parcial de los servicios públicos y la liberación de los intercambios comerciales. Cfr. Helena Alviar García; Isabel C. Jaramillo Sierra, *Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes, 2012, pp. 87 a 96; “[E]l neoliberalismo no constituye efectivamente un cuerpo teórico propio, original y coherente. Esta ideología dominante se compone principalmente de proposiciones prácticas y, en el plan conceptual, reproduce un conjunto heterogéneo de conceptos y argumentos, “reinventando” el liberalismo pero introduciendo formulaciones y propuestas que son mucho más próximas a las del conservadurismo político y a las de una suerte de darwinismo social, distante por lo menos de las vertientes liberales del siglo XX. Y aún más: estos “ingredientes” se integran de modo diferente, produciendo muchos y distintos neoliberalismos, a punto de dificultar la propia auto-identificación de quienes en principio perfilaron estas corrientes”. Sonia M. Draibe, “Neoliberalismo y políticas sociales: reflexiones a partir de las experiencias latinoamericanas”, en *Desarrollo Económico. Revista de ciencias sociales*, Vol. 34, No. 134, julio –septiembre, BsAs, 1994, p.181; “La globalización económica estaría caracterizada por la flexibilización del comercio internacional, la interdependencia económica, la creación de los mercados de capital mundiales y la consideración de que el “mundo es el mercado””. Germán Vera Esquivel, *Negociando Nuestro Futuro Común: El Derecho Internacional y el Medio Ambiente en el Umbral Del Nuevo Milenio*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1998, p.17. En Colombia, los factores descritos han sido progresivamente aplicados a partir de las posturas macroeconómicas de los gobiernos de turno: Cfr. Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno de César Gaviria Trujillo, “*La revolución pacífica (1990-1994)*”, donde se definió como estrategias del plan una serie de reformas estructurales de claro corte neoliberal: “*El plan busca promover un ambiente institucional para que el sector privado, y en general todos los ciudadanos, sean los actores centrales del proceso de cambio y crecimiento. El Estado puede hacer más por el Desarrollo Económico concentrándose en sus obligaciones sociales básicas, deshaciéndose de funciones que no le corresponden, y dejando de intervenir en numerosos escenarios de la vida económica. (...) La práctica de una verdadera economía de oferta y su aplicación a los problemas de la planeación, obligan a priorizar las acciones y las inversiones del Estado en las áreas denominadas horizontales (vías, salud, comunicaciones, medio ambiente, etc.) que benefician al conjunto de la economía.*” Consultado en https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/GCRP/PND/Gaviria_Prologo.pdf, el 21 de octubre de 2013; Cfr. Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno de Ernesto Samper Pizano, “*El salto social (1994- 1998)*”; Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno de Andrés Pastrana Arango, “*Cambio para construir la paz (1998 – 2002)*”, donde se definió lo siguiente “el diseño de esta política [de desarrollo productivo] debe favorecer la adaptación del sector empresarial colombiano a los retos y oportunidades que se derivan de los nuevos esquemas de organización industrial y del mayor grado de competitividad que debe alcanzarse en el contexto internacional” Consultado en https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/GCRP/PND/Pastrana2_Exportaciones_Motor.pdf el 23 de octubre de 2013; Plan Nacional de Desarrollo del Primer Gobierno de Álvaro Uribe Vélez “*Hacia un Estado Comunitario (2002 -2006)*”, cuyo eje central fue la seguridad democrática, bajo el entendido de que “sin seguridad no hay prosperidad, no hay sosiego y no puede haber futuro” y esta es la base para la confianza inversionista. Consultado en <https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/GCRP/PND/PND.pdf> el 23 de octubre de 2013; Plan Nacional de Desarrollo del Segundo Gobierno de Álvaro Uribe Vélez “*Estado*

La combinación de estos factores político económicos con voraces estilos de producción y consumo en las grandes ciudades, han causado severos estragos ambientales: sequías extremas, extinción de la diversidad biológica, inundaciones, aumento en el nivel de los mares, desborde demográfico, desgaste de la capa de ozono, acelerados procesos de desertificación, entre otros⁵, los cuales afectan profundamente la pervivencia de la diversidad étnica, cultural y natural de la Nación colombiana.

Así, es innegable que se requiere una acción urgente para conservar el ambiente y mitigar los impactos del nivel de vida que globalmente hemos elegido tener, a partir de reflexiones sobre el rol que juegan las instituciones políticas y sociales en dicho cambio.

“En este sentido se ponen presentes los riesgos que para el futuro del ser humano y de la biósfera misma puede conllevar el hecho de no tener en

comunitario: desarrollo para todos (2006- 2010)” y Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno de Juan Manuel Santos “Prosperidad para todos (2010-2014)”.

⁴ El contexto actual de políticas extractivistas ha sido impulsado por el modelo neoliberal en los países del llamado “Sur Global” (antes en vía de desarrollo), donde lo que se ha logrado es la reprimarización de la economía en un retorno a la explotación de los recursos naturales. Ello es constatable en nuestro país a partir de varios fenómenos actuales: el acelerado proceso de conversión de Colombia como un país minero (Cfr. Departamento Nacional de Planeación (DNP). *Visión Colombia II Centenario: 2019. Propuesta para discusión*, Bogotá, Presidencia de la República, Planeta, DNP, 2005; Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), *Plan Nacional de Desarrollo Minero 2007-2010. Gestión pública para propiciar la actividad minera*, Bogotá, UPME, 2007), los procesos de acumulación de tierras para el desarrollo de megaproyectos entre los que se encuentran las grandes hidroeléctricas (Ver entre otros, César Rodríguez Garavito; Natalia Orduz Salinas, *Adiós Río. La disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá*, cit., *passim*); la producción en masa de biocombustibles, las dinámicas de la ganadería extensiva, etc.

⁵Ver entre otros, Resolución 383 de 2010 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, “Por medio de la cual se declaran las especies silvestres que se encuentran amenazadas en el territorio nacional y se toman otras determinaciones”; *Aproximación al estado de conservación del bosque seco en Colombia*, Instituto Alexander Von Humboldt, consultado en http://issuu.com/inst_humboldt/docs/aproximacion_al_estado_de_conservacion el 23 de octubre de 2013, donde se concluye que una de las causas del poco interés de conservación de este ecosistema es su coincidencia con el eje histórico de expansión de la frontera ganadera en el país. “El 44.9% de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) del país provino de la agricultura, y el 8.9% se produjo por cambios en el uso de la tierra y forestería, y ambos valores han crecido en más del 10% entre 1990 y 1994. (...) Los tres principales emisores a nivel nacional son la ganadería con 36.8%, el mal manejo de suelos con 34.2% (especialmente en sistemas de producción intensiva) y el cambio en el uso de tierra con 21.3%” PNUD, *Documento de Discusión Nacional acerca de los Asuntos Claves en el Análisis del Sector Agricultura (Mitigación)*, consultado en http://www.pnud.org.co/img_upload/61626461626434343535373737353535/CAMBIOCлиматICO/3.%20Memorias%20Di%C3%A1logo%20Nacional%20Interministerial%20sobre%20cambio%20clim%C3%A1tico%20en%20el%20sector%20agropecuario/2DocdiscusionAgriculturayMitigacionColombia.pdf el 23 de octubre de 2013.

cuenta las posibilidades de daños irreversibles, con resultados devastadores para la biosfera y sus elementos, lo mismo que sobre los seres humanos. Es decir, que a pesar del poder humano y de la capacidad de su tecnociencia, no se pueden ignorar los límites físicos de la biósfera, pues a pesar de que la naturaleza no pueda darnos 'lecciones' éticas ni enseñarnos cómo vivir, sí es necesario preocuparnos por saber hasta dónde llegar y qué límites establecer a la acción humana”⁶.

En efecto, la regulación al ambiente se ha ido desarrollando a nivel nacional e internacional a partir de intenciones políticas de prevención y reparación de los abusos cometidos por la sociedad en su conjunto. No obstante las buenas intenciones, la tendencia ha sido a un *derecho ambiental negociado* a la par de procesos de *desregulación estatal* propios del neoliberalismo, en los cuales la administración no dispone de las herramientas jurídicas o científicas necesarias para el control y gestión de los conflictos e intereses, puesto que la mayoría de instrumentos internacionales en la materia son declaraciones de principios no vinculantes (*soft law*) o referencias tangenciales en clave al derecho a un adecuado medio ambiente⁷.

A nivel nacional, los cambios en la política económica y en la institucionalidad del Estado no han sido ajenos al sistema punitivo. El Derecho administrativo sancionador y especialmente el Derecho penal, han sido utilizados para conseguir los fines trazados por un “extractivismo salvaje” que priorizando los nocivos modelos de desarrollo y explotación de recursos naturales a gran escala, selectivamente persiguen en la práctica a los sectores menos favorecidos generando inminentes tragedias sociales y la desprotección de bienes jurídicos colectivos –como el ambiente sano y la salubridad pública- al utilizar instrumentos de control cuya eficacia práctica desbordan la realidad.

El análisis dogmático y político criminal que se propone del delito de daño en los recursos naturales (artículo 331 del Código penal colombiano), pretende desentrañar las razones tras el auge de criminalización de esta infracción ambiental y delimitar correlativamente las circunstancias de aplicación del tipo en contextos donde la intervención penal sea legítima, excluyendo por su parte

⁶ Gregorio Mesa Cuadros, “Ambiente, privatización y derechos”, en AA VV., *Perspectivas del Derecho Ambiental en Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 34

⁷ Consagrado en el art. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1988, ratificado en Colombia mediante la Ley 319 de 1996): “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente” Texto original del tratado consultado en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>, el 18 de octubre de 2013.

aquellas situaciones que vulneran las garantías del imputado, ya sea porque individualmente consideradas resultan insignificantes desde la perspectiva del principio de lesividad (permitiendo hacer una diferenciación a partir del ámbito de intervención del Derecho administrativo sancionador), porque para su materialización basta la mera transgresión de la normatividad vigente o porque la conducta riesgosa resulta en sí misma inidónea para la lesión concreta del bien jurídico.

De esta forma, sin negar la urgencia de la acción legislativa ambiental desde una perspectiva política y planificadora de los recursos, este trabajo pretende también ser un llamado de atención a la articulación institucional a partir del conocimiento científico de los problemas medio ambientales, para que la política de explotación los recursos naturales se haga desde una perspectiva planificadora y no punitiva, puesto que este último ámbito es complementario y auxiliar para la prevención de las infracciones, subsidiario a la intervención administrativa y sólo justificado frente a las conductas socialmente más graves.

Si bien la reflexión principal no girará en torno a la eficacia del recurso punitivo dentro de la política ambiental⁸, sea este el espacio para poner de manifiesto la postura personal de la autora, quien descrea totalmente del Derecho penal como respuesta idónea frente a cualquier conflictividad social, en especial aquella que tiene relación con los recursos naturales, en tanto la misma encubre la urgencia de dar debates morales que atañen las verdaderas causas del desastre ecológico, como lo son el modelo de consumo y producción en ésta sociedad capitalista⁹.

⁸Valga anotar que objetivos tan loables como la protección del medio ambiente para las generaciones futuras no se logran con el uso del Derecho penal, pues está demostrada su débil capacidad de reacción y prevención del delito incluso frente a bienes jurídicos clásicos como la vida y la propiedad. De conformidad con los datos estadísticos de modalidad delictiva de internos en establecimiento de reclusión (INPEC, 31 de marzo de 2014), los delitos ambientales ni siquiera son representativos dentro del nuevo tipo de encuesta, toda vez que ni siquiera merece criterio distintivo dentro de las conductas delictivas, a saber el hurto con 17,13%, el homicidio 16,73%, fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones 14,72%, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes 13,94%, concierto para delinquir 6,95%, actos sexuales con menor de 14 años 3,13%, extorsión 3,04%, secuestro extorsivo 1,78%, acceso carnal violento 1,67%, y lesiones personales 1,29%. El porcentaje de 'otros delitos' corresponde al 12.26%.

Al compararse los anteriores resultados con los datos de la encuesta consolidada por delitos a nivel nacional del año 2013, donde sí se enlistan cada una de las modalidades delictivas existentes y no sólo las más relevantes, las personas detenidas por infracciones al ambiente eran tan sólo 35 – habiendo únicamente una persona condenada por el delito de daño en los recursos naturales-, de un total de 172.022 personas privadas de la libertad en el país. Cfr. http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENTIDO/NOTICIAS%20Y%20NORMATIVIDAD/ESTADISTICAS/10%20MODALIDADES%20DELICTIVAS%20POBLACION%20DE%20INTERNOS%20MAYO%202014.pdf, consultada el 15 de abril de 2014.

⁹“En definitiva, lo cuestionable no es que el Derecho penal ambiental sea simbólico, si por simbólico se entiende la transmisión de un mensaje sobre cuál es la conducta ajustada a Derecho. Al fin y al cabo, ésta es una consecuencia de cualquier Derecho. En realidad lo verdaderamente

Ahora bien, abordar el fenómeno del daño ambiental a partir de una postura abolicionista no excluye una propuesta de interpretación dogmática del art. 331 del CP, pues es evidente que mientras se camina hacia la utopía de transformación de la cultura del castigo¹⁰, habrán aplicadores jurídicos de la norma en comento y por tanto, será válida la pretensión de entregar herramientas para la aplicación del tipo a partir del respeto a las garantías de lesividad, ultima ratio, fragmentariedad y proporcionalidad.

No se puede olvidar que si bien el Derecho penal tiene como finalidad la protección de los bienes jurídicos (función preventiva en aras de la defensa social), éste también cumple un segundo papel frente a las penas arbitrarias y a las condenas injustas¹¹, que de acuerdo con FERRAJOLI es el carácter diferenciador del Derecho penal con otros sistemas de control social formal e informal, puesto que al definirse normativamente los ámbitos de intervención, alcances y procedimientos, se está defendiendo la dignidad del imputado y la garantía de sus derechos fundamentales.

En virtud de lo anterior, es que los costos que se pagan en términos de principios y garantías con la anticipación de las barreras de intervención penal, la tipificación a partir de técnicas de peligro abstracto y la acumulación en la criminalización de

cuestionable es la clase de mensaje que se transmite. El problema principal no es que el Derecho penal del medio ambiente sea ineficaz para impedir la contaminación ambiental, sino que su mensaje –en la medida en que se cree en él– impide una política ambiental racional y totalmente efectiva” Jens Christian Müller- Tuckfeld, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, COMARES, 2000, pp. 507 y ss.

¹⁰ El abolicionismo de la cultura del castigo es señalado por Francés Lecumberri y Restrepo Rodríguez como una construcción teórica y práctica que se remonta a algunos textos de Tolstói (*Resurrección* (1899), Alianza Editorial, Madrid, 2010) y De Girardin (Emile De Girardin, *Du Droit de punir*, Henri Plon, Paris, 1871) pasando por autores más recientes y reconocidos como Hulsman (Hulsman, Bernat De Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984) y Mathiesen (Mathiesen, “La abolición: ¿Un sueño imposible?”, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/abolicion-sueno-imposible>, consultado el 30 de abril de 2014) hasta los desarrollos más amplios de Vincenzo Guagliardo (*De los dolores y de las penas. Ensayo abolicionista y sobre la objeción de conciencia*, Madrid, Traficantes de sueños, 2013). Sin embargo, se trata de una propuesta que encuentra afinidades en otras corrientes no directamente relacionadas con el castigo, pero sí orientadas a cambios civilizatorios (ej. Erich Fromm, *El miedo a la libertad*, Bs As, Editorial Paidós). Cfr. Paz Francés Lecumberri, Diana Restrepo Rodríguez, “Con Hulsman, para avanzar un poco más. El Abolicionismo de la Cultura del Castigo a partir de la obra de Vincenzo Guagliardo”, en AA.VV, *Libro homenaje a Hulsman*, Universidad de Salamanca, 2014, pendiente de publicación.

¹¹ Cfr., Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, pp. 334 – 336.

delitos ambientales, no se justifican por una protección escueta de los recursos naturales y la eminente carga simbólica que el Derecho penal comporta¹².

En los siguientes acápite se insistirá en la necesidad de definir unos criterios de imputación a partir de categorías técnicas, donde la idoneidad de la acción no se determine *ex ante* como mera probabilidad, sino que el peligro se demuestre, así como también se pruebe el nexo de causalidad, el deterioro crítico del recurso natural que configura el daño y el factor subjetivo de dolo o imprudencia, con la finalidad de evitar desde restricciones dogmáticas que en el afán de legitimar la norma se caiga en la selectividad del sistema y éste se refuerce con los más débiles.

2. Descripción histórica de la protección legal al medio ambiente en Colombia: una mirada al delito de daño en los recursos naturales (art. 331 del CP) y al Derecho sancionatorio ambiental (Ley 1333 de 2009).

En el Código Penal de 1936 no había una referencia directa a las infracciones ambientales. Sin embargo sí se consagró un capítulo dedicado a los delitos contra la salubridad pública (Capítulo II art. 264 y ss.), lo cual evidencia un interés del legislador de proteger a la comunidad de conductas dañosas, las cuales hoy se encuentran recogidas en el bien jurídico ambiental. Así, la difusión de epidemias o gérmenes patógenos, el envenenamiento o contaminación de aguas o alimentos, la adulteración de bienes destinados al comercio, la comercialización de medicamentos dañados, entre otros, eran las conductas prohibidas en la época con penas de prisión que oscilaban entre dos a doce años y multas correspondientes.

La difícil situación socioeconómica del país en las décadas de los 60' y los 70', llevó a que por iniciativa del gobierno conservador de Misael Pastrana Borrero se creara una comisión reformadora del Código penal, que terminó con la expedición del Código penal de 1980. Este nuevo cuerpo legislativo recogió la opinión experta

¹² "Parece, pues, inevitable llegar al último eslabón de la cadena, el Derecho penal, sin caer, por ello, en ingenuos optimismos. Se sabe que la intervención penal no puede considerarse como panacea y, por lo mismo, se constata, no sólo entre los especialistas, cierto escepticismo sobre la idoneidad del camino emprendido. Los datos no invitan, desde luego, al entusiasmo: los ataques al medio se reiteran, la amenaza penal parece inocua, y las condenas no sólo son escasas, sino que, en buena medida, golpean al pequeño infractor dejando incólume al gran delincuente. Pero junto a ello ha de tenerse también en cuenta que la defensa del medio ambiente es esencial al modelo de Estado social, como lo es el hecho de que en esta área, al contrario de lo que sucede en otras sobrecargadas de sanciones, hasta tiempos bien recientes la nota distintiva ha sido el absentismo. De lo que se trata, por tanto, es de que la intervención punitiva no quede reducida, una vez más, a inútil huida al Derecho penal." Juan Terradillos Basoco, "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", cit., p. 42.

de los más famosos penalistas de la época, como fueron Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Federico Estrada Vélez, Hernando Baquero Borda, Bernardo Gaitán Mahecha, Hernando Londoño Jiménez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Rafael Poveda Alfonso, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez y Darío Velásquez Gaviria¹³, quienes recogieron los problemas jurídico penales del momento, crearon nuevos delitos, incluyeron garantías y normas rectoras, y en lo que en materia medioambiental respecta, bajo el título de delitos contra el orden económico y social, hicieron referencia explícita a la explotación ilegal de riquezas naturales (piscícola, forestal y minera), a la invasión de áreas de especial importancia ecológica, a la contaminación y daño en los recursos naturales.

De conformidad con el artículo 246, *“El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este capítulo, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de veinte mil a dos millones de pesos, siempre que el hecho no constituya otro delito”*.

Lo anterior fue impulsado en gran medida por lo que sucedía en el ámbito internacional. Los primeros instrumentos de protección al ambiente comenzaron a surgir influyendo ostensiblemente en la positivización en Colombia, tanto en materia penal como administrativa, de conductas que enmarcaban la problemática ecológica del momento en clave a las aceleradas transformaciones del capitalismo y de la naciente globalización.

Es en “la década de los sesenta (60) del siglo XX, cuando la Ecología comienza a ser conocida, entendida y difundida, y por su inicial postura de protesta, es descalificada por la connotación política, ya que optó por una posición frente al capitalismo rampante, por los saqueos impiadosos de los recursos y la explotación inmisericorde del ambiente. La indiscriminada industrialización, el crecimiento poblacional, la deforestación sin límites, la polución ilimitada, fueron el caldo de cultivo de los movimientos de protesta”¹⁴.

De este modo, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano realizada en Estocolmo en junio de 1972, recogió en su preámbulo la visión antropocéntrica de la época¹⁵, en virtud de la cual el ser humano se sirve de los

¹³ Cfr. “Sistema penal y control social en Colombia”, Trabajo para optar al título de Abogado, José Enrique Nuño Henao, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, consultado en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS13.pdf>, consultado el 24 de septiembre de 2013.

¹⁴ Jaime Enrique Bulla Romero, *Derecho ambiental y estatuto sancionatorio*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2012, p. 66.

¹⁵ “De todas las cosas del mundo, los seres humanos son lo más valioso. Ellos son quienes promueven el progreso social, crean riqueza social, desarrollan la ciencia y la tecnología y, con su duro trabajo, transforman continuamente el medio humano.

recursos naturales para su beneficio y desarrollo. Por su parte, la protección de esos factores se justificó en primera instancia por los daños incalculables que su deterioro representan para el ser humano, para las generaciones futuras¹⁶ y finalmente para su entorno económico¹⁷.

Si bien es cierto que los lineamientos definidos en ese entonces buscaban la ordenación racional de los recursos, ello se hacía bajo la premisa de no obstaculizar ni coartar el crecimiento de los Estados, puesto que se entendía que el logro de las mejores condiciones de vida –sinónimo de desarrollo- pasaba por la maximización de los potenciales ambientales en la economía capitalista.

Así, no es extraño que la protección penal del ambiente se haga inicialmente bajo el bien jurídico del orden económico y social, puesto que si bien el desarrollo de los movimientos ambientalistas a nivel internacional lograron posicionar estos temas en las agendas públicas, la responsabilidad de los seres humanos en la conservación del medio ambiente estaba condicionada por la visión de los recursos como materia prima del crecimiento económico.

En materia administrativa, el Código de los Recursos Naturales Renovables fue expedido en 1974 (Decreto 2811), consagrando por primera vez en Colombia la protección jurídica al ambiente en relación con los objetivos de conservación, protección y regulación de los recursos¹⁸. No obstante las normas generales de la

Con el progreso social y los adelantos de la producción, la ciencia y la tecnología, la capacidad del hombre para mejorar el medio se acrecienta cada día que pasa”. Preámbulo de la Conferencia de Naciones Unidas de Estocolmo (1972), punto 5, versión en español no oficial, consultada en <http://www.ecologiahoy.com/conferencia-de-estocolmo>, el 25 de septiembre de 2013.

¹⁶ “Los recursos naturales de la tierra, incluidos, el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”. *Ibíd.*, principio 2, versión en español no oficial, consultada en <http://www.ecologiahoy.com/conferencia-de-estocolmo>, el 25 de septiembre de 2013.

¹⁷ “A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la Tierra: niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio por él creado, especialmente en aquel en que vive y trabaja”. *Ibíd.*, punto 3, versión en español no oficial, consultada en <http://www.ecologiahoy.com/conferencia-de-estocolmo>, el 25 de septiembre de 2013.

¹⁸ De conformidad con el art. 3 del Código de los Recursos Naturales, éstos se componen de :

- “1. La atmósfera y el espacio aéreo Nacional;
2. Las aguas en cualquiera de sus estados;
3. La tierra, el suelo y el subsuelo;
4. La flora;
5. La fauna;
6. Las fuentes primarias de energía no agotables;
7. Las pendientes topográficas con potencial energético;
8. Los recursos geotérmicos;

política ambiental fueron definidas, el Legislador de excepción omitió describir las sanciones y el procedimiento adecuado para hacerlas cumplir.

Fue sólo a partir de la Constitución política de 1991 que el Estado se trazó un programa que pareciera atender a una visión distinta del medio ambiente, al otorgarle al menos en el papel, un rol activo dentro de la conservación de un “orden político, económico y social justo”. De acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T-411 de 1992, la Constitución del 91 es considerada como una “Constitución Ecológica”, según una interpretación sistemática, axiológica y finalista de las disposiciones que contienen derechos y garantías para la preservación de los recursos naturales y el ambiente sano¹⁹.

Este cambio de paradigma implicó una serie de reformas en cuanto a la protección legal del medio ambiente. En primer lugar, se expidió la Ley 99 de 1993 (conocida como la ley general ambiental), por medio de la cual se crearon el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales y el Sistema Nacional Ambiental. Es a partir de esta disposición que se empezó a exigir licencia ambiental para las actividades que puedan producir grave deterioro en los recursos ambientales, se crearon las tasas retributivas y

9. Los recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental e insular de la República;

10. Los recursos del paisaje (...).”

¹⁹ A saber, “**Preámbulo** (vida), **2º** (fines esenciales del Estado: proteger la vida), **8º** (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), **11** (inviolabilidad del derecho a la vida), **44** (derechos fundamentales de los niños), **49** (atención de la salud y del saneamiento ambiental), **58** (función ecológica de la propiedad), **66** (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), **67** (la educación para la protección del ambiente), **78** (regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios), **79** (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), **80** (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), **81** (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), **82** (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), **215** (emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico), **226** (internacionalización de las relaciones ecológicas), **268-7** (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), **277-4** (defensa del ambiente como función del Procurador), **282-5** (el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), **289** (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), **300-2** (Asambleas Departamentales y medio ambiente), **301** (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas), **310** (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales), **313-9** (Concejos Municipales y patrimonio ecológico), **317** y **294** (contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales), **330-5** (Concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), **331** (Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente), **332** (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), **333** (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), **334** (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), **339** (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), **340** (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación), **366** (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado)”.

compensatorias de la contaminación ambiental permitida, el desecho de desperdicios, la utilización de aguas u otros recursos, entre otros.

En segundo lugar, se expidió en el año 2009 la Ley 1333 como primer estatuto sancionatorio ambiental que compiló aspectos sustanciales y procesales en Colombia; el cual fue creado como una respuesta ágil y efectiva para el cuidado de los recursos naturales y como parte de la estrategia del Estado en el manejo y planificación de los mismos. No obstante lo anterior, la creación de esta ley no fue pacífica. El Presidente de la República de la época, Álvaro Uribe Vélez y su Ministro de Minas y Energía, Hernán Martínez Torres, presentaron objeción por inconstitucional al considerar que los parágrafos de los artículos 1 y 5²⁰, donde se consagraba un régimen de responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba vulneraban la garantía del debido proceso, específicamente la presunción de inocencia contenida en el art. 29 CN.

En sentencia C-196 de 2009, la Corte Constitucional se declaró inhibida para resolver de fondo la excepción, al considerar que la misma fue presentada por un funcionario sin competencia, toda vez que no está dentro de las funciones del jefe del gabinete minero energético fungir como autoridad ambiental, y que las disposiciones por él objetadas no hacían referencia específica a su ámbito de aplicación, al ser las mismas de carácter general en relación al proceso sancionatorio ambiental. Para que la excepción hubiera podido prosperar se necesitaba como requisito formal que el Presidente la presentara junto con el Ministerio correspondiente, que se determina a partir de la definición de la materia general del proyecto objetado (1); el asunto específico sobre el que versa la oposición (2); el impacto que pueda tener esa norma sobre asuntos a cargo del Ministerio particular (3); o el régimen general de funciones y competencias de ese Gabinete (4).

De conformidad con la Ley 1333 de 2009, el proceso sancionatorio ambiental en Colombia puede iniciarse de oficio, por solicitud de funcionario público o por queja o denuncia presentada por cualquier ciudadano. Consta de dos etapas: una preliminar y otra de formal investigación, en medio de las cuales la autoridad

²⁰ “Artículo 1. Titularidad de la potestad sancionatoria ambiental

(...)

Parágrafo. En materia ambiental, se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales.

Artículo 5. Infracciones

(...)

Parágrafo 1. En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla.”

ambiental debe demostrar a partir de estándares técnicos y científicos que la persona (natural o jurídica) sobrepasó los mínimos de contaminación, aprovechó un recurso indebidamente, alteró e intervino con el ecosistema, la salud humana o el bienestar general de los recursos naturales, o en general, infringió por acción u omisión las normas contenidas en el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y en las demás disposiciones ambientales vigentes.

Tal y como se referenció anteriormente, la responsabilidad en materia ambiental es objetiva porque sólo basta la ocurrencia del hecho para que haya lugar a la imposición de la sanción “y esto se debe a que los daños ambientales son continuos, acumulativos, irreversibles y transnacionales, por lo que es importante después de que ocurre el hecho determinar al responsable para que repare los daños”²¹. La regla general de actuación son los **principios de prevención y precaución**²², en virtud del cuales es posible imponer medidas preventivas muy severas de carácter coercitivo, como son la amonestación, el decomiso, la suspensión de obra o actividad y la realización de valoraciones técnicas que determinen los grados de peligrosidad, potencialidad y características de los eventuales daños.

De conformidad con el art. 4 de la Ley 1333, las funciones de las sanciones en materia ambiental (provisionales y definitivas) son preventivas, correctivas y compensatorias. Las infracciones por su parte, no se encuentran claramente predeterminadas en la Ley, sino que se hace una remisión amplia a cualquier violación a las normas del Código de Recursos Naturales Renovables (Decreto – Ley 2811 de 1974), la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y las demás disposiciones ambientales vigentes. Sin embargo, sí se da un lineamiento respecto a qué se deberá entender por “*daño al medio ambiente*” en el sentido que trae el Código Civil para la estructuración de la responsabilidad civil extracontractual, a saber: “El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil”²³.

²¹ Jairo Enrique Bulla Romero, *Derecho ambiental y estatuto sancionatorio*, cit., p. 183.

²² La diferencia entre ambos radica en el grado de certeza científica que se le exige al Estado para que pueda mediante su intervención prohibir o frenar una acción dañosa. En el caso del principio de prevención deben mediar estudios técnicos, mientras que en el caso del principio de precaución por la naturaleza misma de la actividad controlada, es imposible establecer con anterioridad el factor de impacto en el ambiente que tiene la conducta. Cfr. Germán Vera Esquivel, *Negociando Nuestro Futuro Común: El Derecho Internacional y el Medio Ambiente en el Umbral Del Nuevo Milenio*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1998, pp.163 y ss; el art. 2 de la Ley 1333 de 2009 y Jairo Enrique Bulla Romero, *Derecho ambiental y estatuto sancionatorio*, cit., pp.176 a 180.

²³ Cfr. art. 5 de la Ley 1333 de 2009.

En materia penal, el enfoque ambiental de la Constitución se vio reflejado en las modificaciones introducidas por la Ley 491 de 1999, en virtud de la cual se adicionó un título específico de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, así como también creó el “seguro ecológico”, como mecanismo para cubrir los perjuicios económicos cuantificables que ocurren como consecuencia de daños al ambiente y a los recursos naturales.

Concretamente, el delito de daño en los recursos naturales fue derogado por el artículo 33 de la Ley 491 de 1999, la cual además de consagrar la modalidad imprudente para los delitos ambientales, intentó en su artículo 26 establecer un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas²⁴, que fue declarada inexecutable por la sentencia C- 843 de 1999²⁵.

No obstante lo anterior, de acuerdo con varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia²⁶ el delito de daño en los recursos naturales nunca dejó de estar vigente en Colombia (ni siquiera durante el período transcurrido entre la promulgación de la Ley 491 en enero de 1999 hasta el 24 de julio de 2001, fecha en la que entró en vigencia el Código penal de 2000), toda vez que hubo una supuesta readecuación típica en el art. 247 (Contaminación ambiental) que desplazó la punición del daño en los recursos naturales como delito autónomo.

Según una cuestionable reinterpretación que hace la Corte Suprema de Justicia de las motivaciones del Legislador al expedir la Ley 491 de 1999 (Cf. G.J. No 108

²⁴“ARTICULO 26 DE LA LEY 491 DE 1999. Créase el artículo 247B [Del Código Penal] cuyo tenor es el siguiente:

ARTICULO 247B. PERSONAS JURIDICAS. Para los delitos previstos en los artículos 189, 190, 191 y 197 y en el capítulo anterior, en los eventos en que el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multa, cancelación de registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad, o cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva.

Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente se presumirá la responsabilidad de la persona jurídica.”

²⁵ Los cargos analizados por la Corte Constitucional versaron sobre la violación al derecho al debido proceso (art. 29 CN) de la disposición demandada, toda vez que por una omisión legislativa absoluta el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia ambiental no consagró un procedimiento específico para la aplicación de las sanciones ni determinó de forma clara los extremos punitivos de las mismas. La Corte consideró que efectivamente la mera enunciación que hizo la norma sobre la posibilidad de imponer multas, suspensión de obra o actividad, o el cierre temporal o definitivo del establecimiento, no satisfizo la exigencia de estricta legalidad penal y por el contrario vulneró las garantías de libertad y debido proceso, procediendo a su declaración de inexecutable.

²⁶ Ver entre otras, las sentencias del 20 de septiembre y de 19 de diciembre de 2000, radicado 15.659 y del 29 de septiembre de 2010, radicado 33.398.

de 1996 con la sentencia de la sala penal de la CSJ del 20 de septiembre de 2000, Rad. 15.659), concluye que lo que se quiso fue ampliar las disposiciones penales de protección al ambiente, adaptando su contenido a las necesidades que surgen de los procesos científicos y tecnológicos que con comportamientos lesivos de los bienes jurídicos protegidos exigen una regulación más técnica.

Sin embargo, no se entiende por qué si la intención fue ampliar los márgenes de prevención y protección, se eliminó expresamente el delito de daño en los recursos naturales como tipo independiente, condicionándolo a una mera posibilidad causada por contaminación:

“ARTICULO 247. CONTAMINACION AMBIENTAL. El que ilícitamente contamine la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas o demás recursos naturales y pueda producir daño a los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos o a los ecosistemas naturales, incurrirá en prisión de dos a ocho años y multa de 150 a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se incrementará en una tercera parte cuando la conducta descrita en este artículo altere de modo peligroso las aguas destinadas al uso o consumo humano” (Subrayas propias).

Adicionalmente, la Corte aduce una construcción normativa del tipo de contaminación, remitiéndose necesariamente al Decreto 2811 de 1974 (Código de Recursos Naturales y Medio Ambiente) que en su artículo 8º relaciona algunos de los factores que deterioran el ambiente y que, de acuerdo con su argumentación, recoge los comportamientos objeto de censura en el daño ambiental.

“Art. 8º. Se consideran factores que deterioran el ambiente, entre otros:

a). La contaminación del aire, de las aguas y de los demás recursos naturales renovables.

Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la Nación o de los particulares.

Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica.

(...)”

En el marco de estas consideraciones, la Corte negó la cesación de procedimiento y posteriormente confirmó la condena por el delito de daño en los recursos naturales que profirió el 9 de octubre de 1998 el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales en primera instancia en contra del Ingeniero Civil GSB²⁷. Durante el trámite de apelación de la decisión, entró en vigencia la Ley 491 de 1999, razón por la cual el Representante del Ministerio Público solicitó la cesación de procedimiento por atipicidad de la conducta. Mediante providencia del 20 de septiembre de 2000 la Corte no solo no accedió a la solicitud, sino que consideró lo siguiente:

“[R]esulta evidente que el comportamiento que se le reprocha al procesado no fue suprimido del catálogo de delitos que contempla la nueva ley; todo lo contrario, en ella se ampliaron las penas de los delitos contenidos en el Código Penal y se crearon mecanismos de carácter preventivo y represivo para asegurar la protección, mantenimiento y desarrollo del medio ambiente. (...) Un análisis de la normatividad contenida en la ley 491 de 1999, permite concluir que las conductas que tipificaban el derogado artículo 246 del Código Penal, fueron recogidas por el artículo 247 que modificó el artículo 26 de la citada normatividad (...)

Como se puede observar, la nueva disposición, conservando la esencia de lo prohibido, resulta inclusive más rígida, pues ya se constituye en ilícito y, por ende, merecedor de sanción, el comportamiento que por causa de la contaminación ambiental, pueda producir daño a los recursos naturales”
(Subrayas propias).

La tergiversación del lenguaje natural de daño y contaminación bajo una ficción jurídica del desplazamiento de la tipicidad efectuada por la interpretación de la Corte, merece reparos desde el principio legalidad penal y los fines justificadores de la pena, concretamente el de prevención general negativa, toda vez que la necesidad de remitirse a normas de igual o inferior jerarquía (como es el caso del Decreto 2811 de 1979) para completar o precisar el contenido del tipo –en este caso de contaminación que abarque daño-, vulnera la exigencia de estricta taxatividad penal²⁸ y la reserva de ley, así como también la seguridad con la cual

²⁷El daño a los recursos naturales que le fue imputado consistió en rocerías, tala de árboles y quemas de vegetación natural con grave perjuicio para la zona protectora de las corrientes de agua; el cual fue causado con ocasión de un proyecto urbanístico donde el procesado se desempeñaba como Ingeniero Constructor, donde abiertamente se desconocieron las normas de protección al ambiente y no se tuvo en cuenta las conminaciones de suspensión de trabajos impuestas por la autoridad ambiental -INDERENA- y la obligación de reforestar el área afectada.

²⁸ Cfr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Garantismo y Derecho penal en Colombia”, en *Garantismo y Derecho penal*, Juan Oberto Sotomayor Acosta (coord.), Bogotá, Temis, 2006, p.120, nota 52;

el mensaje disuasivo llegará a la colectividad, puesto que si el Derecho penal se aparta de los usos cotidianos de las palabras²⁹, resultará imposible que los ciudadanos conozcamos qué está prohibido y por tanto adecuemos nuestra conducta conforme a Derecho, presupuesto básico del juicio de reproche como concreción del principio de culpabilidad.

Con la promulgación de la Ley 599 de 2000 (Código penal vigente), la discusión anterior quedó zanjada, puesto que el Legislador decidió volver a dar entidad autónoma al delito de daño en los recursos naturales, tras considerar que no todos los supuestos de daño penalmente relevantes quedaban contenidos en el delito de contaminación ambiental³⁰.

En la actualidad, el bien jurídico medio ambiente sano quedó protegido bajo un total de 13 conductas punibles dolosas³¹ y la posibilidad de perseguir la comisión imprudente de 3 de ellas (daño en los recursos naturales, contaminación ambiental y contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo).

La redacción inicial del artículo 331 fue la siguiente:

ARTICULO 331. DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES. El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se

Miguel Abel Souto, "Las leyes penales en blanco", en *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 68, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp. 14- 15 y Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, pp. 83 y ss.

²⁹ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *contaminar* se entiende como la alteración nociva de la pureza o las condiciones normales de una cosa o un medio por agentes químicos o físicos (Cfr. <http://lema.rae.es/drae/?val=contaminaci%C3%B3n>, consultado el 5 de octubre de 2013), mientras que por *dañar* se entiende causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia (Cfr. <http://lema.rae.es/drae/?val=da%C3%B1o>, consultado el 5 de octubre de 2013).

³⁰ En la ponencia para primer debate del proyecto en la Cámara de Representantes, se anotó lo siguiente: "La contaminación ambiental no involucra todos los daños y tampoco el aprovechamiento ilícito. Verdaderos atentados ecológicos, que se adelantaban en las fiscalías, han debido precluirse por la derogatoria de ese artículo (...) Gaceta del Congreso No 432 de 1999, p. 18.

³¹ Art. 328 Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables; art. 329 Violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales; art. 330 Manejo y uso ilícito de organismos, microorganismos y elementos genéticamente modificados; art. 330A Manejo ilícito de especies exóticas; art. 331 Daños en los recursos naturales; art. 332 Contaminación ambiental; art. 332A Contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos; art. 333 Contaminación ambiental por yacimiento minero o hidrocarburo; art. 334 Experimentación ilegal con especies, agentes biológicos o químicos; art. 335 Ilícita actividad de pesca; art. 336 Caza ilegal; art. 337 Invasión de áreas de especial importancia ecológica; art. 338 Explotación ilícita de yacimiento minero y otros minerales.

refiere este título, causándoles una grave afectación o a los que estén asociados con éstos o se afecten áreas especialmente protegidas incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cien (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el año 2004, con la expedición de la Ley 890 que aumentó de forma indiscriminada las penas de la mayoría de delitos, el delito de daños en los recursos naturales quedó con pena de prisión de 32 a 108 meses (2.66 a 9 años) y multa de 133.33 a 15.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Posteriormente hubo una reforma sustancial del tipo con la promulgación de la Ley 1453 de 2011 (conocida como la ley de seguridad ciudadana), la cual no obedeció a estudios técnicos o de política criminal, sino a una serie de acuerdos previos a los debates públicos entre el Viceministro de Justicia de la época Pablo Felipe Robledo, la Fiscalía General de la Nación y algunos miembros Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, como son los señores José Rodolfo Pérez Suárez, Orlando Velandia Sepúlveda y Fernando de la Peña Márquez.

En el acta No. 51 del 24 de marzo de 2011, donde se sometió a primer debate de discusión y votación el proyecto de Ley No. 160/10 cámara - 164/10 senado “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”, se da cuenta en la página 94 y ss. de qué forma son introducidas las propuestas de modificaciones a los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, y el bajo nivel de exigencia argumentativa que se requiere para un aumento punitivo en Colombia:

“Continúa con el uso de la palabra el H.R. José Rodolfo Pérez Suárez.

No Presidente, vea esto ha sido un trabajo que hemos hecho. Presidente mire, lo que se está planteando ahí, se concertó con la Fiscalía, con el Viceministro de Justicia, con los Ponentes, entonces yo pienso que lo único que hay que hacer señor Presidente, es ponerlas a consideración, porque eso de aumentar las penas de delitos que atentan contra los recursos naturales y frente a este tema se están organizando bandas y las autoridades no pueden hacer absolutamente nada, entonces señor Presidente, ponga en consideración o las ponemos en consideración el día martes, el día martes se pongan en consideración, pero esto ya está concertado con el Viceministro, con el Coordinador Ponente, con los demás Ponentes, son como ocho (8) artículos. Tienen que ser votados.

(...)

simplemente se trata de aumentar, aquí no hay nuevo, simplemente estamos aumentando las penas para los delitos que atentan contra los recursos naturales y

contra el medio ambiente, eso es básicamente lo que dice en las proposiciones, estamos aumentando las penas; por qué las estamos aumentando Presidente, porque hoy se comete todo tipo de delitos contra el medio ambiente y las autoridades, la Fiscalía no pueden hacer absolutamente nada porque todos son excarcelables y alrededor de esas explotaciones se están organizando bandas y las autoridades no pueden, Presidente y demás colegas de la Comisión, hacer absolutamente nada, detienen una persona y al otro día la tienen que soltar, o sea no solamente alrededor de esas explotaciones hay bandas criminales, sino además que están atentando contra lo más valioso que nosotros tenemos y es nuestro medio ambiente, nuestros recursos naturales, el Presidente lo ha dicho en muchas oportunidades, lo dijo en su posesión, que había que proteger el medio ambiente, cuando llegó de Santa Marta y no hacemos absolutamente nada, si es que lo más valioso que nosotros tenemos es nuestro medio ambiente, nuestros recursos naturales, pero resulta que presentamos una proposición y al señor Presidente de la Comisión no le interesa, yo si les pido a todos ustedes que aquí son dos temas fundamentales los que estamos tratando, no solamente combatir esas bandas de delincuentes que están acabando con nuestro medio ambiente, sino además proteger lo más valioso que tenemos los colombianos.

(...)

Continúa con el uso de la palabra el H.R. José Rodolfo Pérez Suárez.

Pero es que ahí esta una por una, ahí está.

PRESIDENTE: Una por una por eso, arranquemos, léala señor Secretario Y arrancamos.

SECRETARIO: El proyecto de ley No. 164.

La presidencia concede el uso de la palabra al H.R. Carlos Germán Navas Talero.

Mire la moción de orden es para lo siguiente, bastaría con que los enunciaran en qué tipos penales se va a aumentar la pena y la aprobamos. Eso es suficiente, pide aumento de pena para los delitos tales, tales, tales y punto se lo aprobamos.

SECRETARIO: Sí señor Presidente, hay artículos nuevos para los siguientes artículos.

(...)

Artículo 331. Artículo nuevo. Daños en los recursos naturales. El que con incumplimiento de la normatividad existente, destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo daño los recursos naturales a que se refiera este título o a los que estén asociados con estos, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15000) salarios mínimos legales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando se afecten los ecosistemas naturales calificados como estratégicos, que hagan parte del sistema nacional, regional y local de las áreas especialmente protegidas. Cuando el daño sea consecuencia de la acción u omisión de quienes ejercen funciones de control y vigilancia.

Ha sido leído el artículo nuevo, señor Presidente.

PRESIDENTE: En consideración el artículo nuevo leído. Se abre su discusión, queda cerrada. (...) [¿]Queda cerrada la discusión. Lo aprueba la Comisión el artículo nuevo leído?

SECRETARIO: Ha sido aprobado señor Presidente, el artículo que modifica el artículo 331 del Código Penal y que es un artículo nuevo.”

A pesar de que el proyecto de ley surtió tres debates más³², el texto del artículo 331 no fue modificado, adicionado, corregido, ni sustentadas las implicaciones en términos de vulneración a los principios de legalidad –específicamente en términos de taxatividad- y lesividad, al eliminar la exigencia de gravedad en la afectación constitutiva de daños en los recursos naturales, generando una enorme confusión respecto de los ámbitos sancionatorios de intervención del Estado.

La redacción final del tipo quedó así

ART. 331 – Modificado L. 1453 de 2011, art. 33 Daños en los recursos naturales. *El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título, o a los que estén asociados con estos, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales vigentes.*

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando:

-Se afecten ecosistemas naturales, calificados como estratégicos que hagan parte del sistema nacional, regional y local de las áreas especialmente protegidas.

-Cuando el daño sea consecuencia de la acción u omisión de quienes ejercen funciones de control y vigilancia.

3. El bien jurídico tutelado en el delito de daños en los recursos naturales (art. 331 del CP)

Para abordar el análisis dogmático del art. 331 es necesario definir en primer lugar el contenido del bien jurídico ‘medio ambiente’ en clave al injusto material, en

³²Los cuales se encuentran compilados en las en las gacetas 850/10, 970/10 en el Senado y 194/11 en Cámara, consultadas en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1453_2011.html, el 5 de octubre de 2013.

virtud del cual se puedan establecer las condiciones fácticas y normativas en las que se concreta el delito de daños en los recursos naturales, bajo supuestos constatables que perjudican gravemente la convivencia social.

De esta forma, no se trata de que la referencia al bien jurídico material sea un criterio externo para cuestionar la legitimidad de la norma en comento, puesto que tal y como quedó ampliamente demostrado en el acápite anterior, la creación de éste delito en particular obedece a fenómenos políticos más complejos que la racionalidad de prevención real de daños ambientales; sino que se pretende en este esfuerzo por dotar de contenido al bien jurídico, configurar referentes que precisen su lesión en los casos concretos para de este modo limitar una aplicación desbordada del recurso penal, comprometiendo seriamente los principios de mínima intervención y subsidiariedad³³.

Siguiendo con la caracterización propuesta por Soto Navarro³⁴ de los bienes jurídicos colectivos, en el 'medio ambiente' efectivamente se protege el equilibrio ecológico del cual dependemos los seres vivos para subsistir sin que ello signifique una visión antropocéntrica de la naturaleza, sino por el contrario pone en evidencia la **titularidad compartida** del goce de los recursos naturales, la **indisponibilidad** del mismo para consentir su lesión o puesta en peligro a pesar de haber un aprovechamiento individual de los recursos, la **indivisibilidad** del equilibrio natural y la **naturaleza conflictual** del bien jurídico frente a intereses lícitos y socialmente necesarios de donde emanan las diversas fuentes de riesgo.

Así, intereses diversos como la producción de bienes y servicios, el consumo exacerbado, el urbanismo moderno, modelos de re-primarización de la economía, entre otros, amenazan el equilibrio de los ecosistemas naturales y finalmente la vida tal y como la conocemos, siendo necesaria la intervención del Estado como ente regulador, quien ponderando bienes jurídicos de distinta naturaleza, intenta hacerlos compatibles aun cuando ello signifique una cesión parcial del interés a proteger, bajo imposición de tasas retributivas y compensatorias cuando dichas actividades *'afecten el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes'*³⁵.

³³ "Si se afirma que los bienes jurídicos colectivos pueden ser salvaguardados de manera autónoma, necesariamente se deberá demostrar que se está ante objetos concretos y determinados, y a su vez que dicha protección puede realizarse respetando garantías penales." Diana Patricia Arias Holguín, "Bienes jurídicos colectivos e injusto material", en AA. VV., *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Homenaje a Nódier Agudelo Betancur*, Tomo 1, 2013, p.346.

³⁴ Susana Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003, pp. 193 y ss.

³⁵ Definición genérica de daño ambiental consagrada en el art. 42 de la Ley 99 de 1993.

No obstante lo anterior, es un error confundir el bien jurídico a proteger con la materialidad física sobre la cual inciden las conductas punibles -y en general, el objeto de regulación normativa tanto de la gestión de los recursos naturales como de los niveles permitidos de uso y degradación-, puesto que si bien es cierto que el equilibrio es dinámico y tiene una codependencia funcional entre los recursos, esto es que la afectación de uno de los componentes repercute gravemente en el otro, la constatación de los impactos ambientales, al menos en el tipo penal de daño, deberá afectar considerablemente todo el equilibrio del ecosistema y no simplemente alguno de sus elementos bióticos, abióticos o socioculturales³⁶.

Algunos autores³⁷ critican tal delimitación genérica del bien jurídico, al considerar que el margen de referencia propuesto es ineficaz para una concreción de la imputación penal respetuosa del principio de lesividad, proponiendo entonces interpretaciones en clave a los sub-sistemas que conforman los ecosistemas naturales y a partir de allí estructurar diversos tipos penales que protegen “*las funciones ecológicas asignadas por el sistema social a cada recurso natural*”³⁸, en relación al valor que tienen para los seres humanos y para el disfrute del entorno.

A la anterior postura la subyace una visión antropocéntrica del bien jurídico en virtud de la cual, se estructura el funcionamiento del sistema social al referente último de lesión individual a la salud o vida humana, que termina justificando la punición de acciones inocuas para la materialización del riesgo desde una perspectiva *ex ante*, por la posibilidad de una ocurrencia colectiva que destruirían el medio ambiente (‘¿y sí todos lo hiciéramos?’). La sanción de acciones no peligrosas aún bajo la posibilidad real de que estas se repitan por un número plural de agentes, resulta vulneratorio de los principios de lesividad y

³⁶ De conformidad con el art. 331 del CP, se entiende por recurso natural todas las referencias hechas en el título XI de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, a saber: recursos fánicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, biológicos o genéticos de la biodiversidad colombiana, así como también el suelo, subsuelo, aguas terrestres, marítimas o subterráneas. Para una comprensión más detallada de los factores ambientales que merecen protección estatal, se sugiere entender los recursos naturales en su relación entre sus elementos, aspectos socioculturales de la población humana y en general, todos los componentes necesarios para un correcto funcionamiento de los procesos ambientales. Ver A.A. VV., *Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normatividad ambiental: manual conceptual y procedimental*, Bogotá, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales; Universidad de Antioquia; Corporación Académica Ambiental; 2010.p. 15, versión web: http://www.minambiente.gov.co/documentos/DocumentosBiodiversidad/licencias/Varios/res_2086_251010_metod_multas_licencias.pdf (Consultada el 05 de marzo de 2014).

³⁷ Cfr. Susana Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pp. 270 y ss.; Julio César Rodas Monsalve, *Protección penal y medio ambiente*, PPU, Barcelona, 1993, pp.90 y ss.; Mirentxu Corcoy Bidasolo, “Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance”, en Corcoy (Dir.), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002, p. 627.

³⁸ *Ibíd.*, p.272

proporcionalidad, en tanto desdibuja la responsabilidad personal de quien comete la acción, al no requerirse la valoración individual de la contribución al daño ambiental, en contravención del art. 11 del CP³⁹.

Asumiendo el riesgo de utilizar como ejemplo un episodio nacional en el cual aún no han salido a la luz pública informes técnicos y científicos que evalúen el impacto ambiental en su conjunto, la reciente sequía en el municipio de Paz de Ariporo, Casanare, presentada en los medios de comunicación como una tragedia de alcances apocalípticos con imágenes de miles de chigüiros, babillas, serpientes y demás fauna silvestre disecada tras morir de sed, representa el caso perfecto en el que confluyen responsabilidades estatales y éticas en la planeación y manejo de los recursos naturales frente a fenómenos económicos complejos, donde sin hacer un análisis de tipicidad, ni mucho menos de autoría, puede evidenciarse un compromiso serio e inter-dependiente de cada uno de los factores de los recursos naturales, los cuales, según la reacción tardía de los entes de control, pudieran fundamentar distintas responsabilidades civiles, administrativas o penales por el daño ambiental.

Los hechos dan cuenta de más de cuatro meses sin lluvias, los cuales al parecer, son a causa de un fenómeno normal en el ecosistema de la sabana inundable. Según testimonios de diversas autoridades y expertos ambientales⁴⁰, el fallecimiento del 30% de las manadas de chigüiros es normal en época de sequía, puesto que su ciclo vital es corto y muy susceptible de mortalidad frente a veranos prolongados. Lo que pareciera estar por fuera de sus cauces, es la mortandad acelerada de otras especies mejores preparadas para la falta de lluvia, tales como

³⁹ Tal y como lo explica Diana Patricia Arias Holguín, el fundamento material del injusto en el tipo penal de blanqueo de capitales es la acumulación, toda vez que para su comisión no se exige la comprobación de la causalidad ente la contribución individual y el daño global del bien jurídico protegido. Esta afirmación es perfectamente asumible en los delitos medioambientales, y en general, en todos aquellos bienes jurídicos colectivos, donde la punición tiene una doble desvaloración: el peligro presunto de la conducta y la funesta consecuencia desatada 'si todos lo hiciéramos' al mismo tiempo. Cfr. Diana Patricia Arias Holguín, *Aspectos político –criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales*, Madrid, Iustel, UdeA, 2011, pp.100 y 101. Ver además Augusto Silva Días, "¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la '(in)capacidad de resonancia' del Derecho penal con la figura de la acumulación", en *ADPCP*, Vol. LVI, Madrid, Ministerio de Justicia, 2003; Laura Rojas Escobar, "¿Qué se protege con la criminalización de la minería ilegal en Colombia?", en *Derecho penal contemporáneo*, Vol. 43, Bogotá, Legis, 2013, pp.165 y ss.

⁴⁰ Ver entre otros, "Yo tengo más claridad en mi identidad que el Minambiente": Brigitte Baptiste. *Brigitte Baptiste, directora del Instituto Humboldt, critica la ambigüedad del Ministerio del Medio Ambiente y alerta sobre el caos del cambio climático*, publicado en el Diario El País, el 13 de abril de 2014, consultado el 25 de abril de 2014 en: <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/yo-tengo-claridad-mi-identidad-minambiente-brigitte-baptiste>; "Lo de Casanare no fue la tragedia que presentaron": Minambiente", publicado en el Periódico El Espectador, 1 de abril 2014, consultado el 25 de abril de 2014 en: <http://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/de-casanare-no-fue-tragedia-presentaron-minambiente-articulo-484242>.

los reptiles, así como el desgaste y modificación del suelo, la sobreexplotación de los recursos hídricos, el deterioro del paisaje y la modificación del entorno social y cultural de los habitantes.

De acuerdo con lo relatado por activistas de la región⁴¹, las compañías de hidrocarburos presentes en la zona⁴² han afectado el equilibrio natural con la extracción del crudo, así como también otras actividades económicas como la ganadería extensiva y los monocultivos, las cuales aprovechan sin control los recursos hídricos⁴³, siendo la actual situación un reflejo de los impactos de la deforestación, falta de reacción oportuna de autoridades avisadas, el modelo de desarrollo local y el cambio climático.

Finalmente, siendo sumamente complejo atribuir cualquier responsabilidad sin tener certeza científica frente a la causalidad y al aporte de la conducta al menoscabo del bien jurídico (elementos que se detallarán más adelante en el análisis dogmático del delito de daños en los recursos naturales -art. 331 CP-) y no siendo este el objetivo del ejemplo en tanto no se enjuiciaba ninguna acción concreta de un individuo determinado; el ejemplo de la sequía en el departamento del Casanare pretende evidenciar la articulación de factores que entran en juego

⁴¹ “Según datos de la Nasa, recogidos por el ambientalista Rodrigo Botero, de diciembre de 2013 a la fecha se han presentado más de 580 incendios en Paz de Ariporo que han costado la pérdida de más de 20.000 hectáreas. Según el Ideam, entre 2010 y 2012 la tasa de deforestación duplicó la de las dos décadas anteriores, y llegó a 1.332 hectáreas anuales”, publicado en el artículo “Muertos de sed”, Revista Semana, 29 de marzo de 2014, consultado el 25 de abril de 2014 en <http://www.semana.com/nacion/articulo/sequia-en-casanare-en-paz-de-ariporo/381885-3>; ““Las petroleras están reinyectando grandes cantidades de agua a sus pozos para poder sostener su producción de crudo. Además han realizado detonaciones que han cambiado el curso del agua en la región” aseguró el geólogo Favio Velandia a Noticias Uno.”. “Instituto Humboldt e Ideam Insisten en que petroleras no tienen que ver con sequía en Casanare”, publicado en el periódico El Espectador el 27 de marzo de 2014, consultado el 25 de abril de 2014 en <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/insisten-petroleras-no-tienen-ver-sequia-casanare-articulo-483137>

⁴² Gran parte de esta actividad en Casanare, célebre por los pozos de Cusiana y Cupiagua, se da en Paz de Ariporo. Allí operan Pacífic Rubiales, Ecopetrol, Geo Park, Cepcolsa, Petrominerales, New Granad y Parex.

⁴³ “En la misma dirección se han pronunciado el director del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (Ideam), Omar Franco, quien le ha respondido a los ambientalistas que no se puede culpar a las petroleras de secar las sabanas inundables teniendo en cuenta que la Orinoquía tiene el 47% de agua subterránea del país.

“Es la región con mayor potencialidad de este recurso. No se puede culpar a la explotación de hidrocarburos de una desaparición de agua que no es real. Además esas aguas subterráneas no están siendo aprovechadas como debería, ni para el consumo humano ni para las actividades productivas. Si tenemos que hablar de qué prácticas estarían detrás de la disminución del recurso hídrico en esta zona del país mencionaríamos a ganadería expansiva y la deforestación que la acompaña. Es paradójico hacer ese tipo de afirmaciones”, le dijo a El Espectador en una entrevista.”, tomado de “Instituto Humboldt e Ideam Insisten en que petroleras no tienen que ver con sequía en Casanare”, publicado en el periódico El Espectador el 27 de marzo de 2014, consultado el 25 de abril de 2014 en <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/insisten-petroleras-no-tienen-ver-sequia-casanare-articulo-483137>.

al definir el equilibrio natural, que es finalmente el bien jurídico que se lesiona con las acciones impactantes que de conformidad con valoraciones técnico cualitativas de los recursos naturales estructuran el tipo de daño.

4. Problemas del tipo penal de daño en los recursos naturales (art. 331 del CP) respecto a las garantías y límites del ius puniendi.

4.1 La diferencia entre el injusto administrativo y el injusto penal, especial consideración a la administrativización del Derecho penal y los efectos en el tipo penal de daño en los recursos naturales en Colombia.

El recurso penal de protección al ambiente, emerge a la par del fenómeno de la Administrativización del Derecho penal a partir del cual se adelantan las barreras de intervención dentro de la nueva concepción de la sociedad del riesgo⁴⁴, prefiriendo el castigo punitivo al tradicional Derecho administrativo sancionador o al Derecho de policía cuando se está en presencia de un incumplimiento de la regulación administrativa.

Los desarrollos exigidos por los cambios económicos detallados en el acápite introductorio comprometen fuertemente los recursos naturales y el medio ambiente. Así, la necesidad de regulación aunado al manejo mediático del miedo al desastre⁴⁵, conlleva a que políticamente se defina al Derecho penal como un

⁴⁴Un ejemplo de la nueva concepción de sociedad del riesgo es la siguiente: “El vertiginoso ritmo de producción competitiva hace que se introduzcan en el mercado, con velocidad exponencial, nuevos productos y servicios que, mediante el empleo de sustancias, productos y técnicas novísimas ofrecen nuevos placeres para el consumidor, pero que también pueden albergar en su interior peligros ocultos. Así “¿es inocua la telefonía móvil? ¿cuál es el efecto sobre la salud de la exposición a los campos electromagnéticos de alta tensión? ¿es cierto que las emisiones de los vehículos diesel aumentan el poder de los alérgenos y aún de las sustancias cancerígenas? ¿cuáles son los peligros de los organismos modificados genéticamente? Los ejemplos pueden multiplicarse, evidentemente. En todos los casos plantea una duda: ¿hay que autorizar sin más estos nuevos productos y servicios, como corolario natural de la libertad de empresa, o deben ser sometidos a algún tipo de control, regulación o comprobación previa por parte de los poderes públicos? ¿qué intensidad debe tener esta actuación de intervención administrativa?”, Ángel Manuel Moreno Molina, *Derecho Comunitario del Medio Ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 45; Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires, B de F, 2011, pp.13 y 14: “En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en el incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. Entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural”.

⁴⁵ “[E]l temor injustificado constituye uno de los problemas más serios que enfrentan las sociedades modernas y el mundo como un todo. La razón de ello es que ese temor puede

gestor aparentemente idóneo del riesgo, transmutando el ilícito administrativo con el ilícito penal, tras plantear su diferencia únicamente en grados de injusto.

Partiendo de la base que es posible en clave a las garantías constitucionales del *non bis ídem* (inciso 4º, art. 29 CP) y de *ultima ratio*, reconstruir los parámetros diferenciadores de ambas ramas del Derecho siempre que el contenido final de las normas sean diferentes en la práctica; se intentará reducir el ámbito de tipicidad del delito de daño en los recursos naturales (art. 331 CP) a partir del resultado más grave, proponiéndose que no cualquier daño es susceptible de criminalización, puesto que, como se indicará a continuación, no todos los incumplimientos a la normatividad administrativa aunados a la afectación de los distintos recursos tienen la capacidad de lesionar el bien jurídico protegido.

De conformidad con Muñoz Conde, López Peregrín y García Álvarez⁴⁶, el fundamento del Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal ambiental suele ser el mismo, puesto que “las prohibiciones en ambas ramas son de la misma naturaleza. La diferencia entre sanción penal y sanción administrativa es más bien cuantitativa, en cuanto las sanciones penales deben ocuparse de los supuestos de mayor gravedad y prever sanciones más graves”⁴⁷.

No obstante lo anterior, en la práctica tal diferenciación cuantitativa se desdibuja al encontrar normas penales en blanco que no sólo se llenan de contenido con remisiones directas a otras ramas del ordenamiento, sino que el injusto penal se realiza con la mera infracción administrativa como elemento constitutivo del tipo (delitos de peligro abstracto⁴⁸) sin que sea necesario elemento adicional alguno.

provocar grandes problemas en la propia vida de cada uno de nosotros. El miedo tiene también enormes efectos de onda que producen pérdidas económicas y de otro tipo. Para los gobiernos, el miedo injustificado lleva a la adopción de políticas y la sanción de leyes que hacen mucho más daño que bien” Cass R. Sunstein, *Riesgo y razón, seguridad, ley y medioambiente*, Bs As, Katz, 2006, p. 14.

⁴⁶ Cfr. Francisco Muñoz Conde, Carmen López Peregrín, Pastora García Álvarez, *Manual de Derecho penal medioambiental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 59 y ss.

⁴⁷ *Ibid*, p. 61; “La razón última de dar prevalencia al proceso penal sobre el expediente administrativo es la de imponer la pena más dura para el daño ocasionado al medio natural, máxime si tenemos en cuenta que no existe una diferencia de naturaleza entre el ilícito penal y la infracción administrativa, siendo la elección entre una u otra, como afirma PAREJO, fruto de una opción de política legislativa por uno u otro instrumento de tutela más pertinente al bien jurídico de que se trate en cada caso y momentos concretos”, María Calvo Charro, *Sanciones medioambientales*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, p. 100; .

⁴⁸ Ver entre otros: Jaime M. Peris Riera, “Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década”, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, 2006, pp.687 – 709; Bernardo Feijoo Sánchez, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, España, Civitas, 2005, pp.321 y ss.; cfr. Una perspectiva

Adicionalmente, es común que no exista diferencia entre el supuesto de hecho administrativo y el penal, o que las sanciones administrativas impuestas sean más graves que la pena⁴⁹.

De este modo, si la conclusión planteada por los autores es, tal y como lo ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo Español⁵⁰, que no hay diferencias esenciales entre el ilícito penal y el ilícito administrativo puesto que ambas cumplen finalidades muy similares, no se podrá sancionar dos veces en los casos en que haya identidad de sujeto, hecho y fundamento. En consecuencia, la potestad sancionadora de la Administración cede ante la jurisdicción penal, bajo el entendido de que en el proceso judicial se observan con mayor recelo las garantías del imputado⁵¹. Es más, en reciente jurisprudencia del TS se ha considerado incluso la posibilidad de que en la pena se descuente la sanción administrativa impuesta previamente, bajo el entendido de que en su valoración se encuentra la gravedad de la infracción administrativa⁵².

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana ha sentado una posición completamente contraria en su jurisprudencia⁵³, tras entender que sí hay una finalidad distinta entre ambas ramas del ordenamiento, puesto que

“cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios”⁵⁴.

Es más, en reciente jurisprudencia en la cual se analizó la constitucionalidad del régimen objetivo de responsabilidad en materia sancionatorio ambiental, la Corte

a favor José Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto”, en *Revista de Derecho penal*, 2001-2, Buenos Aires, pp.719 – 746.

⁴⁹Ver además María Calvo Charro, *Sanciones medioambientales*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, pp. 101 y ss.

⁵⁰ Ver entre otras la STC 2/1981 y STC 77/1983, referenciadas por Francisco Muñoz Conde, Carmen López Peregrín, Pastora García Álvarez, *Manual de Derecho penal medioambiental*, cit., pp. 62 y 63.

⁵¹ Ver también, Alejandro Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Editorial Tecnos, 2011, pp. 446 y ss.

⁵² Cfr. STC 152/2001, STC 2/2003 y STC 141/2008, referenciadas en *Íbid*, p. 64.

⁵³ Ver entre otras, sentencia C-214 de 1994, C- 244 de 1996, C- 597 de 1996, C- 827 de 2001, C- 506 de 2002, C-530 de 2003.

⁵⁴ Cfr. Sentencia C-244 de 1996, MP Carlos Gaviria Díaz.

vuelve a pronunciarse sobre ambas ramas del ordenamiento, ratificando su postura frente al principio del *non bis in ídem*

“La potestad sancionatoria penal propende por la garantía del orden social en abstracto -bienes sociales más amplios-; la consecución de fines retributivos, preventivos y resocializadores; y presenta un mayor grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos que daría lugar a la privación de la libertad. No ocurre lo mismo con la potestad sancionatoria administrativa al buscar primordialmente garantizar la organización y el funcionamiento de la Administración, y cumplir los cometidos estatales; cuestionar el incumplimiento de los deberes, prohibiciones y los mandatos consignados; que descartan la imposición de sanciones privativas de la libertad”⁵⁵.

De este modo, es posible que en materia ambiental en Colombia coexistan ambas sanciones por un mismo hecho, tras el entendido de que la imposición de las mismas tiene finalidades diferentes⁵⁶. Es incluso posible, en la dinámica propia del proceso administrativo sancionador en Colombia (Ley 1333 de 2009), que garantías clásicas como la presunción de inocencia o el principio de legalidad no sean un límite infranqueable del poder punitivo, puesto que, según interpretación constitucional, *“cuando se trata del principio de legalidad de las sanciones administrativas sólo exige que una norma con fuerza material de ley contemple una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter reglamentario complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa contemplada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador”*⁵⁷.

4.2 Algunas consideraciones en torno a la flexibilización del principio de legalidad en materia medio ambiental.

Las normas penales en blanco son aquellas disposiciones cuyo supuesto de hecho debe ser complementado con normas extra penales a efectos de concretar

⁵⁵ Cfr. Sentencia C- 595 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁶ Ver también Julio César Rodas Monsalve, *Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano*, Bogotá, Universidad Externado, 2005, pp.58 y ss; Julio Enrique González Villa, *Derecho ambiental colombiano. Tomo II Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 222 y ss.

⁵⁷ *Ibid.*

alguno o todos sus elementos típicos, puesto que la descripción penal inicial adolece de vaguedad, ambigüedad e indeterminación⁵⁸.

El recurso a esta técnica de tipificación merece dos críticas fundamentales en relación con el principio de legalidad: en primer lugar, las exigencias de mera legalidad señalan que la norma penal sólo puede ser creada por el legislador en virtud del principio de legitimación democrática de las sanciones⁵⁹. En este sentido, si la remisión se hace a disposiciones de menor jerarquía como lo son los decretos, las resoluciones y los reglamentos de la autoridad administrativa, se está vulnerando ésta garantía, perdiéndose entonces los límites respecto de la separación de poderes (en virtud del cual en la creación de la ley intervienen todas las fuerzas políticas existentes en el país) y finalmente, se fomenta el desvío instrumental del Derecho penal.

En segundo lugar, las exigencias de taxatividad en materia penal funcionan como límite a la indeterminación que supone la remisión a normas extrapenales que en muchos casos ni operador jurídico conoce dada su complejidad y tecnicismo⁶⁰. Ahora bien, algunos autores admiten una flexibilización en este sentido, bajo el argumento de que en ciertos casos la remisión ayuda al intérprete a precisar el tipo, evitando así la vaguedad⁶¹.

Adicionalmente, argumentan cómo en materia penal este recurso se hace necesario para evitar constantes reformas al Código, permitiendo una amplia vigencia normativa de la prohibición en tanto se afirma que en estos sectores hay un constante cambio en la regulación administrativa lo cual haría obsoleta una regulación penal inflexible⁶².

⁵⁸ Ver entre otros, Jaime Sandoval Fernández, "Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista", en *Revista Nuevo Foro Penal*, Nro. 61, Medellín, Editorial Temis, 1999, pp.95 -124; Miguel Abel Souto, "Las leyes penales en blanco" en *Revista Nuevo Foro Penal*, Nro.68, julio-diciembre, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp. 16-18; José Urquiza Olaechea, "Principio de legalidad: nuevos desafíos", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Universidad Nacional de educación a distancia, 2001, pp.65-66.

⁵⁹ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 378 y ss.

⁶⁰ Ello aún más problemático de cara a la prevención general negativa: "¿cómo conoce el ciudadano de a pie qué está prohibido?", Cfr. Roxin, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, p.20 y ss.

⁶¹ Ver entre otros, Jorge Caldas Vera, "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", cit., p. 69; Juan Terradillos Basoco, "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en AAVV, *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p.44 "Esta pluralidad de fuentes, aunque no de idéntico rango, es propia del Derecho ambiental, caracterizado por la heterogeneidad y el dinamismo, de modo que, en esta materia, el Derecho penal se ve obligado a acoger tipos tendencialmente abiertos que posibiliten la adaptación de la norma a los cambios sociales y técnicos, sin tener que realizar intervenciones legislativas constantes en el Código".

⁶² Cfr. "En materia medioambiental, como en todas las materias sometidas a continua regulación por el Derecho administrativo la técnica de las normas penales en blanco permite evitar

Ahora bien, aceptándose en gracia de discusión que es legítima la norma penal en blanco en materia ambiental mientras que el tipo mantenga el núcleo esencial de la prohibición⁶³, puesto que es cierto que las disposiciones administrativas en materia de afectaciones al ambiente tienden a completar el injusto y de este modo precisar el daño; ésta postura no salva la objeción que se hizo a la reserva de ley en tanto en Colombia, el Código de los Recursos Naturales Renovables (Decreto 2811 de 1974) es una norma preconstitucional, y en este sentido, podría formularse un cargo de inconstitucionalidad por omisión⁶⁴.

Finalmente, la conclusión frente a la flexibilización de la garantía de legalidad es la misma que la esbozada *supra* frente a la garantía de *ultima ratio*: si los objetivos declarados de la intervención penal, a saber la protección efectiva del ambiente en términos de prevención, compensación y mitigación, se alcanzaran realmente con el recurso punitivo se podría estar a favor de la criminalización de estas conductas bajo técnicas como los tipos en blanco con sus problemáticas propias. Sin embargo, tal y como quedó demostrado, la criminalización de fenómenos tan complejos sólo encubre el debate frente a las verdaderas causas estructurales de los desastres ambientales, siendo en este caso, muy alto el costo del sacrificio de la garantías del imputado frente a las ventajas que representa la punición instrumental y simbólica⁶⁵.

contradicciones entre ambas ramas del Derecho al incorporar tal regulación administrativa a la descripción del delito, consiguiendo de paso que el Derecho penal no quede obsoleto y que no tenga que ser objeto de una reforma continua”, Francisco Muñoz Conde, Carmen López Peregrín, Pastora García Álvarez, *Manual de Derecho penal medioambiental*, cit., p.57; “El principio de legalidad de los delitos erige claridad en la configuración de los tipos delictivos, pero precisamente en estos supuesto de protección penal del ambiente, por la complejidad aludida, la norma en blanco es la única posibilidad de conseguir certeza y seguridad –a través de una más exacta definición de lo prohibido cuyos contornos quedan precisados e la normativa administrativa- y, en consecuencia, de cumplir el citado principio de legalidad, máxime si el reenvío se hace a ley formal votada por el parlamento” Norberto J. de la Mata Barranco, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 70.

⁶³ Juan Terradillos Basoco, “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en AAVV, *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p.50 y ss.

⁶⁴Se entiende por omisión legislativa la inacción del Legislador frente a mandatos de la Constitución o su abstención absoluta o relativa frente al cumplimiento de obligaciones derivadas de ésta. Para un análisis detallado, ver entre otros María Susana Villota Benavides, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado Social de Derecho”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 42, No. 117, Medellín, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 2012, pp. 455- 479; Luis Bernardo Díaz Gamboa, “La inconstitucionalidad por omisión. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los derechos humanos”, en *Revista Criterio jurídico garantista*, Vol. 1, Fundación Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, Junio de 2009, pp. 162 -190.

⁶⁵Cfr. Winfried Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 51, 1999, pp. 17 a 30; Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993; Gloria Patricia Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., pp. 412 y ss.

5. Propuesta de interpretación dogmática del delito de daños en los recursos naturales (art. 331 CP)

El delito de daños en los recursos naturales es un tipo penal de lesión con resultado material. Al analizar los diferentes elementos típicos de este delito, en lo que se refiere al *sujeto activo*, puede definirse como un delito común, puesto que no se exige ninguna cualidad especial en el agente que realiza la conducta prohibida. No obstante lo anterior, en el tercer inciso del art. 331 se plantea una agravante para quien cometa el daño por acción u omisión teniendo funciones de control y vigilancia.

La *conducta típica* consiste en destruir, inutilizar, hacer desaparecer o de cualquier otro modo dañar los recursos naturales, siempre que la conducta infrinja la normatividad ambiental.

Dos consecuencias importantes se desprenden de lo anterior: no basta la infracción de la norma extrapenal para presumir el daño, puesto que en virtud del principio de lesividad, el *bien jurídico* protegido, esto es el equilibrio natural del ecosistema impactado debe ser considerablemente destruido o inutilizado de acuerdo con los criterios técnicos que a continuación se detallan. En segundo lugar, en aquellas conductas riesgosas para el ambiente pero socialmente permitidas y deseables (como por ejemplo la extracción minera) que requieren de permisos, licencias o autorizaciones administrativas especiales, la sola existencia de dicha autorización no opera *per se* cómo una causal de justificación, puesto que la infracción de la normatividad es sólo un indicador que demuestra la creación y superación del riesgo jurídicamente desaprobado, pero en ningún caso es el único.

Si bien para el Derecho Administrativo Sancionador basta con la superación del riesgo para que haya lugar a la imposición de una sanción de cara con los fines preventivo generales –en tanto la culpa se presume–, en el ámbito del Derecho penal es necesario, de acuerdo con los criterios de imputación objetiva, que el resultado dañoso sea reflejo del peligro al bien jurídico creado por el agente para poder que haya consumación, de lo contrario sólo se podrá imponer la pena de la tentativa⁶⁶.

De este modo, habrá de rechazarse la imputación cuando frente a un peligro existente para el bien jurídico, el autor no haya incrementado con su conducta de forma considerable ese riesgo⁶⁷. Un ejemplo concreto se da en el marco de explotaciones de material aurífero en regiones donde históricamente la minería es

⁶⁶ Cfr. Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, Madrid, Civitas, 1997, pp, 363 y 364

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 366.

la actividad económica principal (como es el caso del municipio de Marmato, Caldas). Si bien la mayoría de los frentes de trabajo no cuentan con las autorizaciones pertinentes –a saber, título minero o licencia ambiental–, los cambios constatables en las propiedades físicas de los suelos, la activación de procesos erosivos, la desestabilización del terreno por continuo movimiento de tierra, la alteración de la calidad del paisaje, la transformación de los ecosistemas y el cambio en el flujo y dinámica de corrientes superficiales de agua, no pueden ser imputables a un sólo minero determinado en el tiempo, puesto que ello sería la legitimación de una condena a partir de fenómenos acumulativos a pesar de que de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, pueda afirmarse una contribución causal al resultado de daño al ambiente.

Así, es necesario que se pruebe en términos de probabilidad estadística el incremento del riesgo al bien jurídico que generó el agente con su conducta. Si el resultado es que efectivamente se aumentó de manera importante la posibilidad de lesión al bien jurídico, entonces habrá lugar a la imputación. Por el contrario, si es imposible de probarse, aún con la ayuda de criterios técnicos, entonces no habrá otro camino que absolver por atipicidad en virtud del principio *in dubio pro reo*.

No puede olvidarse que “*el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica*”⁶⁸. Así, la conducta del autor deberá haber creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido, y deberá ser éste el que se materialice en el resultado concreto de acuerdo con valoraciones probadas en juicio a través de peritazgos científicos.

En este sentido, se deberá acudir a los criterios definidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para la imposición de las sanciones ambientales, creados en virtud del mandato legal contenido en el parágrafo 2 del art. 40 de la Ley 1333 de 2009, y contenidos en el Decreto 3678 de 2010 y la Resolución 2086 de 2010.

La valoración de los expertos ambientales se requiere para determinar la *plasmación del riesgo en el resultado de daño*, puesto que a partir de análisis técnicos de cada uno de los factores que conforman el medio ambiente, se puede determinar la importancia del hecho, y finalmente, la gravedad de la afectación.

De acuerdo con el art. 7 de la Resolución 2086 de 2010, para la estimación de la afectación ambiental se califican los criterios y valores por atributo, de conformidad a la tabla que se reseña como anexo 2, teniendo en cuenta el grado de incidencia

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 362.

del hecho sobre el recurso (**IN -intensidad**), el área de influencia del impacto en relación con su entorno (**EX -extensión**), la duración de la afectación en el tiempo (**PE -persistencia**), la capacidad del recurso afectado para volver a su estado inicial por medios naturales (**RV- reversibilidad**) y la capacidad del mismo para recuperarse una vez implementadas medidas de gestión ambiental (**MC-recuperabilidad**).

Adicionalmente, la Resolución 2086 de 2010, contempla una fórmula matemática que permite determinar la importancia de la afectación⁶⁹, para luego ser calificada como irrelevante, leve, moderada, severa o crítica, según los valores referenciados por la norma (Ver tabla 3 del anexo). De este modo, sólo aquellas afectaciones que se califiquen como **críticas** pueden dar lugar a la intervención penal, en atención al principio de subsidiariedad y última ratio⁷⁰.

Lo anterior supone, que sólo en casos donde la afectación al equilibrio natural del ecosistema evaluado sea en virtud de un incumplimiento normativo, se manifieste en áreas superiores a las cinco hectáreas, suponga alteraciones indefinidas en el tiempo en cuanto a los efectos y posibilidades de retorno del recurso a las condiciones previas a la acción ya sea por medios naturales o por acción humana, se podrá aseverar la concreción del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado de daño al ambiente, es decir, la afectación crítica como resultado de peligro *ex post*⁷¹.

Finalmente, es clave demostrar en juicio el conocimiento intersubjetivo que tenía el agente en relación con la irreversibilidad de la lesión ocasionada, al menos desde

⁶⁹ $I = (3*IN) + (2*EX) + PE + RV + MC$

⁷⁰ “El Derecho penal interviene en último lugar, cuando han fracasado las demás instancias de control social, ocupándose además de los casos más graves, los que más alteran las convivencias y más conmocionan a la sociedad” Francisco Muñoz Conde, Carmen López Peregrín, Pastora García Álvarez, *Manual de Derecho penal medioambiental*, Cit., p.25; “La tutela legal del medio [ambiente] se estructura así como una cadena cuyo primer eslabón lo constituye la acción conservacionista de los ciudadanos responsables. El último se identifica con la intervención punitiva del Estado. Entre los intermedios, juega un papel de primer orden la actuación de la Administración Pública.” Juan Terradillos Basoco, “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en AAVV, *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p.40.

⁷¹ En palabras de Cadavid Quintero, ello supone lo siguiente:

“Aunque la categorización de los delitos como de peligro o de lesión pareciera establecida en función del bien jurídico, en la práctica dichas categorías se emplean también en función del objeto material. En relación con el medio ambiente, ello obliga a precisar que si la lesividad de la conducta se determina a partir de la afectación de los sistemas parciales (o subsistemas) que lo integran, y dichos subsistemas se consideran susceptibles de efectiva afectación, como en efecto lo son, el compromiso de estos últimos podrá entenderse como factor de lesión y/o de riesgo *ex post* del sistema en que se integran”. Alfonso Cadavid Quintero, “La protección penal del medio ambiente en el Derecho penal colombiano”, en Adán Nieto Martín, Omar A. Mejía Patiño (Coord.), *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Ibagué, Universidad de Castilla – La Mancha, 2009, p. 268.

una 'previsibilidad objetiva' en lo que se refiere al aspecto *subjetivo* de este delito desde la óptica del injusto imprudente, toda vez que de conformidad con el art. 339 del CP, el delito de daños en los recursos naturales se castiga en ambas modalidades. En consecuencia, para que este delito sea doloso, el agente deberá conocer y querer el incumplimiento de las disposiciones extrapenales y la capacidad de su conducta para lesionar críticamente los recursos naturales como previsión *ex ante*.

6. Conclusiones

A lo largo de esta investigación se intentó hacer evidente la combinación de factores políticos y económicos cuya desarticulación causan los verdaderos estragos ambientales, los cuales son encubiertos de manera sistemática por las respuestas punitivas que evitan una reflexión de fondo sobre los voraces estilo de producción y consumo que como sociedad hemos decidido tener.

Sin duda alguna, la pregunta por la pervivencia de la diversidad étnica, cultural y natural merece una gran atención de múltiples sectores de la academia, no siendo el Derecho ajeno a los aportes que desde una visión de planeación, prevención, mitigación y ordenamiento de los recursos naturales pueda hacer. Sin embargo, la insistencia en el llamado de atención frente al desborde de los instrumentos de control, en especial el Derecho penal, es una reflexión tangencial a cualquier problemática social, teniendo en consideración que los costos en garantías que se pagan por una ampliación en los ámbitos de intervención se asumen finalmente con vidas humanas.

De este modo, se pretendió en primer lugar, desentrañar las razones tras el auge de la intervención ambiental en el delito de daños en los recursos naturales (art. 331 CP), haciendo un análisis legislativo y de política criminal que pusieran de presente fenómenos como la administrativización del Derecho penal, la poca rigurosidad y tecnicismo con que se discute la política ambiental por parte de nuestros Parlamentarios, la difícil concreción del bien jurídico y las dudosas técnicas de tipificación que se traducen en intervenciones ilegítimas al utilizarse recursos como los tipos en blanco, la acumulación y la eminente carga simbólica que el Derecho penal comporta.

En segundo lugar, se brindaron herramientas conceptuales para la correcta interpretación del tipo, pues al ser conscientes de lo lejos que estamos de la abolición de la cultura del castigo, se optó por hacer una dogmática respetuosa de

los principios de legalidad, lesividad y proporcionalidad. Así, con la incorporación de criterios técnicos que permiten constatar la afectación crítica de todo el equilibrio del ecosistema (bien jurídico), se están aportando guías para la valoración cualitativa en un campo de compleja regulación como es el ambiente.

Se justificó por qué no basta la infracción de la norma extrapenal para presumir el daño, siendo necesaria la constatación del resultado material a partir de los criterios de la imputación objetiva, tales como la verificación de un incremento en términos de probabilidad estadística del riesgo para evitar la acumulación; la prueba pericial de afectación crítica del entorno en términos de intensidad, extensión, persistencia, reversibilidad y recuperabilidad de los recursos (de acuerdo con la Resolución 2086 de 2010); y la posibilidad intersubjetiva que debe tener el agente de conocer que la lesión ocasionada era de carácter irreversible, ya sea para una imputación a título de dolo o culpa, con la finalidad de evitar que en el afán de legitimar una ‘cacería de brujas’ se caiga en la selectividad de un sistema desigual e injusto que se refuerza a costa de los más débiles.

Por último, en casos donde los daños son reversibles y hay cabida a la restauración y recuperación de los recursos naturales, es más justo que no haya lugar a la intervención penal, puesto que de nada sirve la mera privación de la libertad de un sujeto responsable sin que se restaure la realidad alterada, en algunos casos, por ignorancia, pobreza o una visión cortoplacista del medio ambiente.

7. Bibliografía

- Alviar García, Helena; Jaramillo Sierra, Isabel C., *Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes, 2012.
- Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político –criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales*, Madrid, lustel, UdeA, 2011.
- Arias Holguín, Diana Patricia, “Bienes jurídicos colectivos e injusto material”, en AA. VV., *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Homenaje a Nódier Agudelo Betancur*, Tomo 1, Bogotá, Universidad de los Andes, Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- A.A. VV., *Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normatividad ambiental: manual conceptual y procedimental*, Bogotá, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales; Universidad de Antioquia;

Corporación Académica Ambiental; 2010.p. 15, versión web: http://www.minambiente.gov.co/documentos/DocumentosBiodiversidad/licencias/Varios/res_2086_251010_metod_multas_licencias.pdf (Consultada el 05 de marzo de 2014).

- Bulla Romero, Jaime Enrique, *Derecho ambiental y estatuto sancionatorio*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2012.
- Cadavid Quintero, Alfonso, “La protección penal del medio ambiente en el Derecho penal colombiano”, en Adán Nieto Martín, Omar A. Mejía Patiño (Coord.), *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Ibagué, Universidad de Castilla – La Mancha, 2009.
- Caldas Vera, Jorge, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Calvo Charro, María, *Sanciones medioambientales*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu, “Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance”, en Corcoy (Dir.), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002.
- De Girardin, Emile, *Du Droit de punir*, París, Henri Plon, 1871.
- De la Mata Barranco, Norberto J., *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, Cedecs, 1996.
- Díaz Gamboa, Luis Bernardo, “La inconstitucionalidad por omisión. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los derechos humanos”, en *Revista Criterio jurídico garantista*, Vol. 1, Fundación Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, Junio de 2009.
- Draibe, Sonia M., “Neoliberalismo y políticas sociales: reflexiones a partir de las experiencias latinoamericanas”, en *Desarrollo Económico. Revista de ciencias sociales*, Vol. 34, No. 134, julio –septiembre, BsAs, 1994.
- Feijoo Sánchez, Bernardo, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, España, Civitas, 2005.

- Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- Francés Lecumberri, Paz; Restrepo Rodríguez, Diana, “Con Hulsman, para avanzar un poco más. El Abolicionismo de la Cultura del Castigo a partir de la obra de Vincenzo Guagliardo”, en AA.VV, *Libro homenaje a Hulsman*, Universidad de Salamanca, 2014, pendiente de publicación.
- Fromm, Erich, *El miedo a la libertad*, Bs As, Editorial Paidós.
- García Villegas, Mauricio, *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993.
- González Villa, Julio Enrique, *Derecho ambiental colombiano. Tomo II Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Guagliardo, Vincenzo, *De los dolores y de las penas. Ensayo abolicionista y sobre la objeción de conciencia*, Madrid, Traficantes de sueños, 2013.
- Hassemer, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en Revista *Nuevo Foro Penal*, No. 51, 1999.
- Hulsman, Bernat De Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.
- Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006.
- Mathiesen, “La abolición: ¿Un sueño imposible?”, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/abolicion-sueno-imposible>, consultado el 30 de abril de 2014.
- Mesa Cuadros, Gregorio, “Ambiente, privatización y derechos”, en AA VV., *Perspectivas del Derecho Ambiental en Colombia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006.

- Mir, José Cerezo, “Los delitos de peligro abstracto”, en *Revista de Derecho penal*, 2001-2, Buenos Aires.
- Moreno Molina, Ángel Manuel, *Derecho Comunitario del Medio Ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- Müller- Tuckfeld, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en AA. VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, COMARES, 2000.
- Muñoz Conde, Francisco; López Peregrín, Carmen; García Álvarez, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Nieto García, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Editorial Tecnos, 2011.
- Nuño Henao, José Enrique, “Sistema penal y control social en Colombia”, Trabajo para optar al título de Abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, consultado en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS13.pdf>, el 24 de septiembre de 2013.
- Peris Riera, Jaime M., “Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década”, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, 2006.
- PNUD, *Documento de Discusión Nacional acerca de los Asuntos Claves en el Análisis del Sector Agricultura (Mitigación)*, consultado en http://www.pnud.org.co/img_upload/61626461626434343535373737353535/CAMBIOCлимATICO/3.%20Memorias%20Di%20C3%A1logo%20Nacional%20Interministerial%20sobre%20cambio%20clim%20C3%A1tico%20en%20el%20sector%20agropecuario/2DocdiscusionAgriculturayMitigacionColombia.pdf el 23 de octubre de 2013.
- Rodas Monsalve, Julio César, *Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano*, Bogotá, Universidad Externado, 2005.
- Rodas Monsalve, Julio César, *Protección penal y medio ambiente*, PPU, Barcelona, 1993.
- Rodríguez Garavito, César; Orduz Salinas, Natalia, *Adiós Río. La disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá*,

Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012.

- Rojas Escobar, Laura, “¿Qué se protege con la criminalización de la minería ilegal en Colombia?”, en *Derecho penal contemporáneo*, Vol. 43, Bogotá, Legis, 2013.
- Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, Madrid, Civitas, 1997.
- Roxin, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.
- Sandoval Fernández, Jaime, “Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Nro. 61, Medellín, Editorial Temis, 1999.
- Silva Días, Augusto, “¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la ‘(in)capacidad de resonancia’ del Derecho penal con la figura de la acumulación”, en *ADPCP*, Vol. LVI, Madrid, Ministerio de Justicia, 2003.
- Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires, B de F, 2011.
- Silva Sánchez, Jesús María, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Garantismo y Derecho penal en Colombia”, en *Garantismo y Derecho penal*, Juan Oberto Sotomayor Acosta (coord.), Bogotá, Temis, 2006.
- Souto, Miguel Abel, “Las leyes penales en blanco”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 68, Medellín, Universidad EAFIT, 2005.
- Sunstein, Cass R., *Riesgo y razón, seguridad, ley y medioambiente*, Bs As, Katz, 2006.
- Terradillos Basoco, Juan, “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *AAVV, Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

- Tolstói, Leon, *Resurrección*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.
- Urquizo Olaechea, José, "Principio de legalidad: nuevos desafíos", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Universidad Nacional de educación a distancia, 2001.
- Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010.
- Vera Esquivel, Germán, *Negociando Nuestro Futuro Común: El Derecho Internacional y el Medio Ambiente en el Umbral Del Nuevo Milenio*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1998.
- Villota Benavides, María Susana, "El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado Social de Derecho", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 42, No. 117, Medellín, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 2012.

8. Anexos

8.1 Tabla de identificación de bienes de protección que pueden ser afectados, tomada de A.A. VV., *Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normatividad ambiental: manual conceptual y procedimental*, Bogotá, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales; Universidad de Antioquia; Corporación Académica Ambiental, pp. 16 y 17.

Tabla 3. Identificación de bienes de protección que pueden ser afectados

A. CARACTERÍSTICAS FÍSICAS Y QUÍMICAS	
A.1 EXTRACCIÓN DE RECURSOS	A.3 ATMÓSFERA
1. Recursos minerales	14. Calidad (Gases, partículas)
2. Material de construcción	15. Clima (micro, macro)
3. Suelos	16. Temperatura
4. Geomorfología	A.4 Procesos
5. Campos magnéticos y radioactividad de fondo	17. Inundaciones
6. Factores físicos singulares	18. Erosión
A.2 AGUA	19. Deposición
7. Superficiales	20. Solución
8. Marinas	21. Sorción
9. Subterráneas	22. Compactación y asentamientos
10. Calidad	23. Estabilidad
11. Temperatura	24. Sismología
12. Recarga	25. Movimientos de aire
13. Nieve, hielos, heladas	
B. CONDICIONES BIOLÓGICAS	
B.1 Flora	B.2 FAUNA
26. Árboles	35. Aves
27. Arbustos	36. Animales terrestres incluso reptiles
28. Hierbas	37. Peces y mariscos

29. Cosechas	38. Organismos bentónicos
30. Microflora	39. Insectos
31. Plantas acuáticas	40. Microfauna
32. Especies en peligro	41. Especies en peligro
33. Barreras, obstáculos	42. Barreras
34. Corredores	43. Corredores
C. FACTORES CULTURALES	
C.1 USOS DEL TERRITORIO	62. Espacios abiertos
44. Espacios abiertos y salvajes	63. Paisajes
45. Zonas húmedas	64. Agentes físicos singulares
46. Silvicultura	65. Parques y reservas
47. Pastos	66. Monumentos
48. Agricultura	67. Especies o ecosistemas especiales
49. Zona residencial	68. Lugares u objetos históricos o arqueológicos
50. Zona comercial	69. Desamónías
51. Zona industrial	C.4 NIVEL CULTURAL
52. Minas y canteras	70. Modelos culturales
C.2 RECREATIVOS	71. Salud y seguridad
53. Caza	72. Empleo
54. Pesca	73. Densidad de población
55. Navegación	C.5 SERVICIOS E INFRAESTRUCTURA
56. Zona de baño	74. Estructuras
57. Camping	75. Red de transportes
58. Excursión	76. Red de servicios
59. Zonas de recreo	77. Disposición de residuos
C.3 ESTÉTICOS Y DE INTERÉS HUMANO	78. Barreras
60. Vistas panorámicas y paisajes	79. Corredores
D. RELACIONES ECOLÓGICAS	
80. Salinización de recursos hidráulicos	84. Invasión de maleza
81. Eutroficación	85. Controles biológicos
82. Vectores, insectos y enfermedades	86. Modificación hábitat
83. Cadenas alimentarias	87. Introducción de flora y fauna exótica
E. OTROS	
88. otros	

Fuente: Modelo de Leopold, adaptado

8.2 Tabla de determinación del grado de afectación ambiental, contenida en el art. 7 de la Resolución 2083 de 2010, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Atributos	Definición	Calificación	Ponderación
<i>Intensidad (IN)</i>	Define el grado de incidencia de la acción sobre el bien de protección	Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma y comprendida en el rango entre 0 y 33%.	1
		Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma y comprendida en el rango entre 34% y 66%.	4
		Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma y comprendida en el rango entre 67% y 99%.	8
		Afectación de bien de protección representada en una desviación del estándar fijado por la norma igual o superior o al 100%.	12
<i>Extensión (EX)</i>	<i>Se refiere al área de influencia del impacto en relación con el entorno</i>	Cuando la afectación puede determinarse en un área localizada e inferior a una (1) hectárea.	1
		Cuando la afectación incide en un área determinada entre una (1) hectárea y cinco (5) hectáreas.	4
		Cuando la afectación se manifiesta en un área superior a cinco (5) hectáreas.	12
<i>Persistencia (PE)</i>	Persistencia (PE): Se refiere al tiempo que permanecería el efecto desde su aparición y hasta que el bien de protección retorne a las condiciones previas a la acción	Si la duración del efecto es inferior a seis (6) meses.	1
		Cuando la afectación no es permanente en el tiempo, se establece un plazo temporal de manifestación entre seis (6) meses y cinco (5) años.	3
		Cuando el efecto supone una alteración, indefinida en el tiempo, de los bienes de protección o cuando la alteración es superior a 5 años.	5
<i>Reversibilidad (RV)</i>	Capacidad del bien de protección ambiental afectado de volver a sus condiciones anteriores a la afectación por medios naturales, una vez se haya dejado de actuar sobre el ambiente.	Cuando la alteración puede ser asimilada por el entorno de forma medible en un periodo menor de 1 año.	1
		Aquel en el que la alteración puede ser asimilada por el entorno de forma medible en el mediano plazo, debido al funcionamiento de los procesos naturales de la sucesión ecológica y de los mecanismos de autodepuración del medio. Es decir, entre uno (1) y diez (10) años.	3
		Cuando la afectación es permanente o se supone la imposibilidad o dificultad extrema de retornar, por medios naturales, a sus condiciones anteriores. Corresponde a un plazo superior a diez (10) años.	5
<i>Recuperabilidad (MC)</i>	Capacidad de recuperación del bien de protección por medio de la implementación de medidas de gestión ambiental	Si se logra en un plazo inferior a seis (6) meses.	1
		Caso en que la afectación puede eliminarse por la acción humana, al establecerse las oportunas medidas correctivas, y así mismo, aquel en el que la alteración que sucede puede ser compensable en un periodo comprendido entre 6 meses y 5 años.	3
		Caso en que la alteración del medio o pérdida que supone es imposible de reparar, tanto por la acción natural como por la acción humana.	10

8.3 Tabla que da cuenta de la importancia de la afectación ambiental, contenida en el art. 7 de la Resolución 2086 de 2010, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Calificación	Descripción	Medida Cualitativa	Rango
<i>Importancia (I)</i>	Medida cualitativa del impacto a partir del grado de incidencia de la alteración producida y de sus efectos.	Irrelevante	8
		Leve	9 -20
		Moderado	21-40
		Severo	41-60
		Crítico	61-80