



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
MAGISTRADA PONENTE

SP5664-2021

Radicación n° 51380

(Aprobado acta n.° 326)

Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

1. OBJETO DE DECISIÓN

Derrotado el proyecto inicial, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el delegado del Ministerio Público en contra del fallo proferido el 4 de agosto de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena emitida el 17 de agosto de 2016 por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito de esa ciudad, por el delito de daños en los recursos naturales.

2. HECHOS

El 27 de septiembre de 2007, MARÍA EUGENIA GALVIS MARTÍNEZ reclamó una encomienda enviada en un autobús que cubría la ruta Montería – Bogotá, contentiva de diversos animales silvestres, así: (i) una lora real, (ii) tres cotorras carisucias, (iii) 38 pericos bronceados, y (iv) 40 tortugas morrocoy. La procesada no contaba con el salvoconducto único de movilización, ni permiso para la tenencia y transporte de las referidas especies. Los hechos ocurrieron en la zona urbana de la ciudad de Bogotá.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

Por estos hechos, casi ocho años después (*18 de junio de 2015*), la Fiscalía le imputó el delito de daños en los recursos naturales, previsto en el artículo 331 del Código Penal (*333 de la normatividad actual*) Radicó escrito de acusación en los mismos términos.

Antes de celebrarse la audiencia de acusación, la Fiscalía le informó al juez de conocimiento que había llegado a un acuerdo con la procesada, consistente en la aceptación de los cargos imputados, a cambio de “*degradar la calidad en que actuó, de autor a cómplice*”.

Aunque el juez de conocimiento aprobó el preacuerdo, posteriormente (22 de enero de 2016), concluyó que la conducta atribuida a la procesada encaja en el delito de aprovechamiento ilícito de los recursos naturales renovables, previsto en el artículo 328 del Código Penal, y no en el de daños en los recursos naturales, consagrado en el artículo 331 de la época. Por tanto, decretó la prescripción de la acción penal, toda vez que la Fiscalía tardó alrededor de 8 años para formular la imputación.

Esta decisión fue apelada por la Fiscalía y el apoderado de la víctima. Finalmente, el Tribunal Superior de Bogotá la revocó, mediante proveído del 29 de abril de 2016.

Así, el 17 de agosto de 2016, el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito de Conocimiento condenó a la procesada a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 16 meses. Asimismo, le impuso multa equivalente a 66,665 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Consideró procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El recurso de apelación interpuesto por el delegado del Ministerio Público activó la competencia del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena. Ello, mediante proveído del 4 de agosto de 2017, que fue objeto del recurso de casación impetrado por el mismo interviniente.

4. DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal prevista en el artículo 181, numeral primero, de la Ley 906 de 2004, el delegado del Ministerio Público planteó la violación directa de la ley sustancial, toda vez que, en su opinión, la conducta realizada por la procesada GALVIS MARTÍNEZ encaja en el delito previsto en el artículo 328 del Código Penal, y no el regulado en el artículo 331 ídem. Ello, según la nomenclatura vigente para cuando ocurrieron los hechos.

Tras resaltar que el control material a la imputación y a la acusación es viable ante calificaciones jurídicas claramente inadecuadas, presenta los siguientes argumentos en defensa de su tesis:

Esta evolución legislativa¹ pone de presente como, un elemental ejercicio de análisis en el proceso de adecuación típica, atendiendo a los principios que lo gobiernan, sugería de entrada que la conducta imputada, en su dimensión puramente naturalística, encaja de manera inmediata y directa, sin ningún tipo de resistencia, en el mencionando artículo 328 del Código Penal, toda vez que de manera concreta y específica remite al objeto material sobre el cual recayó (recursos fáunicos amenazados o en vía de extinción), mediante el ejercicio de varios de los verbos rectores que consagra un tipo penal de carácter compuesto alternativo (“transporte, trafique, comercie, aproveche o se beneficie de especímenes” que conforman dicho recurso fáunico).

¹ De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, a la que se refirió con amplitud

(...)

En contraste, el descarte de la norma que tipifica el daño en los recursos naturales, contenido de verbos rectores de una connotación absolutamente distinta, nociva, que sugieren la afectación grave de recursos naturales y ecosistemas que mal pueden extenderse, conceptualmente hablando, a las conductas que recaen sobre los objetos materiales que contempla el tipo penal de ilícito aprovechamiento de recursos naturales renovables, dado el tono genérico con el que se enuncian.

No es que desconozca el suscrito representante de la sociedad que con la conducta atribuida a Galvis Martínez se haya procedido en contra de los recursos naturales. Ambas conductas, la desconocida y la incorrectamente atribuida en los fallos de instancia, tutelan el bien jurídico de los “recursos naturales y el medio ambiente”. Lo que sucede es que, estando ubicadas respectivamente dentro del espectro normativo, la primera con anterioridad a la otra, paradójicamente aquella recoge, como ya se ilustró, elementos fácticos más precisos y concretos que la tornaban en este evento absolutamente insoslayable para su juzgamiento, por corresponderse con todos y cada uno de los ingredientes normativos y verbos rectores allí plasmados, incluida la carencia de permisos u autorizaciones por parte de la inculpada para desarrollar sus actividades contrarias a derecho. Enfatizamos así, la especialidad del artículo 328 como único y exclusivo fundamento del juzgamiento para la inculpada.

De otro lado, resalta el largo tiempo que la Fiscalía dejó transcurrir para formular la imputación, por lo que concluye que la calificación jurídica incorrecta se orientó a eludir la prescripción de la acción penal.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte “*que case el fallo impugnado, declare la violación directa de la ley sustancial (...), y de acuerdo con tal reconocimiento, determine*

los efectos procesales de origen igualmente sustancial consecuentes, especialmente los atinentes a la no vigencia de la acción penal”.

5. ALEGATOS Y RÉPLICAS

La delegada de la Procuraduría reiteró lo expuesto en la demanda de casación.

Iteró que la procesa afectó el medio ambiente, pero no a través de una conducta que encaje en el artículo 331 del Código Penal.

Bajo esos presupuestos, solicita a la Sala casar el fallo impugnado, en orden a que se declare la prescripción de la acción penal. Además, considera importante que se establezcan las diferencias entre los tipos penales consagrados en los artículos 328 y 331 (según la nomenclatura vigente para cuando ocurrieron los hechos).

Por su parte, la Fiscalía pidió desestimar la pretensión del demandante. Adujo lo siguiente:

Primero, que antes de celebrar el acuerdo con la Fiscalía la procesada fue suficientemente informada de sus derechos.

Segundo, porque el juez solo puede corregir la calificación jurídica establecida por la Fiscalía cuando se presente la manifiesta violación del ordenamiento jurídico.

Y, tercero, la Fiscalía actuó razonablemente al optar por el artículo 331 del Código Penal, toda vez que **el concepto aportado a la actuación da cuenta del daño causado al medio ambiente y a los recursos naturales**. Al efecto, trajo a colación las conclusiones vertidas en dicho reporte, que serán transcritas y analizadas más adelante.

En el mismo sentido se pronunció el representante de la Secretaría Distrital de Ambiente.

Luego de concluir que el Ministerio Público se ha inmiscuido en las funciones propias de la Fiscalía General de la Nación, afectando el debido proceso, hizo notar que la procesada se sometió libremente a la terminación anticipada de la actuación penal.

En cuanto a la calificación jurídica, señaló que GALVIS MARTÍNEZ causó un daño al medio ambiente, **tal y como se concluyó en el concepto técnico atrás enunciado**. Al efecto, resaltó la gran cantidad de especímenes que tenía en su poder, así como el hecho de que las tortugas recuperadas

pertenecen a una especie en vía de extinción, según lo conceptuaron las autoridades competentes.

Finalmente, la defensora presentó un discurso ambiguo, ya que, en principio, señaló que la Fiscalía formuló la imputación por el delito previsto en el artículo 331 con la finalidad de eludir la prescripción de la acción penal. Sin embargo, a renglón seguido, dio a entender que la procesada estuvo debidamente asesorada al momento de someterse a la condena anticipada.

Finalmente, solicitó a la Sala realizar un estudio minucioso del caso, en orden a que sea resuelto a la luz del ordenamiento jurídico.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Delimitación del debate

La controversia gira en torno a los siguientes aspectos: (i) la posibilidad que tienen los jueces de “*controlar*” las calificación jurídica incluida en la acusación; (ii) el sentido y alcance del concepto técnico sobre el daño causado por la procesada; y (iii) si la conducta de la procesada encaja en el artículo 328 o en el 331 del Código Penal.

En efecto, el Tribunal hizo énfasis en la autonomía de los fiscales para formular la acusación y en los límites de los jueces para controlar dicha actuación. En el mismo sentido se pronunciaron los no recurrentes. Sobre el particular, el representante del Ministerio Público resaltó que los jueces deben intervenir ante calificaciones jurídicas manifiestamente improcedentes.

De otro lado, el fallador de segundo grado resaltó el concepto técnico acerca del daño causado por la procesada, y concluyó que este aspecto fue desconocido por el delegado del Ministerio Público. Esta postura fue coadyuvada por los no recurrentes (salvo la defensa), quienes, además, resaltaron que el perjuicio está asociado al elevado número de especímenes recuperados. Al respecto, el impugnante aceptó que la conducta de la procesada afectó el bien jurídico, pero insiste en que la misma encaja en el tipo previsto en el artículo 328.

6.2. Reglas aplicables al caso

6.2.1. El control material a la acusación no equivale a las verificaciones que deben hacer los jueces para decidir sobre la procedencia de la condena

La Sala ha precisado que en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004 no se dispuso el control material de la imputación y la acusación. Al respecto, resaltó que esa posibilidad se incluyó en los proyectos iniciales del Acto Legislativo 03 de 2002, pero, finalmente, fue suprimida, bajo el argumento de que era necesario preservar la autonomía de los fiscales y evitar que los jueces intervinieran en la determinación de los cargos.

Tras referirse a los aspectos que podría incluir el control material a la imputación y la acusación (*el contenido de la premisa fáctica, el soporte “probatorio” de la misma y la calificación jurídica*), resaltó que los jueces pueden intervenir frente a este último tópico, cuando la selección normativa sea manifiestamente equivocada (CSJSP3988, 14 oct 2020, Rad. 56505).

Además, la Sala ha diferenciado el control material a la imputación y la acusación, entendidas como las actuaciones de parte realizadas por la Fiscalía a la luz de lo dispuesto, en su orden, en los artículos 286 y siguientes y 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004, de las verificaciones que debe realizar el juez para decidir sobre la pretensión de condena. Sobre esto último, estableció las diferencias entre el trámite ordinario y el que debe surtir ante la aceptación anticipada de responsabilidad penal (CSJSP2042, 5 jun 2019, Rad. 51007, entre otras).

En lo que concierne a la terminación anticipada de la actuación por allanamiento a cargos o preacuerdo, la Corte ha destacado que el juez, al estudiar la **pretensión** de condena presentada por la Fiscalía, debe verificar que: (i) la aceptación de cargos haya sido libre y suficientemente informada; (ii) las evidencias físicas, los documentos y la demás información aportada le brinden un respaldo suficiente a la premisa fáctica, según el estándar previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004; (iii) la calificación jurídica corresponda a los hechos relacionados por el acusador; y (iv) en general, que se respeten los derechos del procesado y las víctimas (CSJSP2073, 24 jun 2020, Rad. 52227, entre otras).

6.2.2. Los conceptos técnicos o dictámenes periciales no son vinculantes para el juez. Este debe valorarlos a la luz de la sana crítica, como sucede con las demás pruebas

De vieja data la Sala ha precisado que los dictámenes periciales y, en general, los conceptos técnicos aportados a la actuación penal, deben ser valorados por el juez a la luz de los postulados de la sana crítica.

Al respecto, ha resaltado aspectos como los siguientes: (i) la identificación de la premisa fáctica del concepto y las reglas para su demostración; (ii) las características que debe

reunir la premisa técnico científica, a la luz de lo establecido en los artículos 417 y siguientes de la Ley 906 de 2004; (iii) la aclaración de si las conclusiones corresponden a técnicas de orientación, probabilidad o certeza; (iv) la explicación del caso a la luz de las reglas técnico científicas utilizadas; etcétera (CSJSP 2709, 11 jul 2018, Rad. 50637, donde se hizo un recuento de la respectiva línea jurisprudencial).

6.2.3. El ordenamiento penal consagra diversas formas de protección de los recursos naturales. Entre ellas, la consagración de delitos de peligro y delitos de resultado

El Código Penal, en el Libro II, Título XI, Capítulo I, consagra los delitos contra los recursos naturales. Así, regula el aprovechamiento ilícito de los recursos naturales renovables (228), el tráfico de fauna (228 A), la caza ilegal (328 B), entre otros. Igualmente, en el Capítulo II del mismo Título incluyó el delito de daños en los recursos naturales y ecocidio.

Por su importancia para la solución del presente asunto, debe resaltarse que el artículo 328 sanciona con pena de prisión de 60 a 135 meses al que “*con incumplimiento de la normatividad existente se apropie, acceda, capture, mantenga, introduzca, extraiga, explote, transporte, comercie, explore, trafique o de cualquier otro modo se beneficie de los*

especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, corales, biológicos o genéticos de la biodiversidad colombiana”.

A su turno, el artículo 333 regula el delito de daños en los recursos naturales y ecocidio, así:

El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o cause un impacto ambiental grave 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 sesenta (60) a ciento treinta y cinco (135) meses...

A primera vista se advierte que: (i) ambos tipos penales se asocian al mismo bien jurídico –*los recursos naturales*–; (ii) el artículo 333 consagra como elemento estructural la causación de un daño específico, lo que permite catalogarlo como “*delito de lesión*”; y (iii) ese requisito no está presente en el artículo 328, que, al igual que los otros punibles incluidos en ese capítulo, tiene el carácter de delito de peligro.

Es sabido que la lesividad de la conducta constituye uno de los principales fundamentos de la pena, ya que la misma solo se justifica si resulta útil para la protección de determinados bienes jurídicos. A partir de esta premisa, debe precisarse lo siguiente:

En el ámbito de los recursos naturales y el medio ambiente, como también sucede frente a otros bienes jurídicos colectivos (*por ejemplo, el orden económico y social*), la lesividad suele explicarse a partir de la *teoría del efecto acumulativo*. Según esta, aunque la conducta, individualmente considerada, no afecte el bien jurídico, la posible reiteración de ese tipo de comportamientos puede producir efectos nefastos para el mismo.

La doctrina especializada plantea ejemplos como el siguiente para explicar dicha temática:

Los vertidos de una empresa –de una sola– por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa, no tienen por qué poner en peligro –por ellos solos– el equilibrio de los sistemas naturales. Si solo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medioambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales².

Con el único fin de consolidar la explicación de esta figura (*y no como una prueba*), la Sala traerá a colación algunos apartes del informe presentado este año por el Instituto Humboldt³ sobre la situación de las tortugas, iguanas y otras

² Silva Sánchez, J.: La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Ed. Edisofer, 3.^a edición, Madrid, 2011.

³ Según su propia descripción, el Instituto de Investigación de Recurso Biológicos Alexander von Humboldt "es una corporación civil sin ánimo de lucro vinculada al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS). El Instituto fue creado en 1993 para ser el brazo investigativo en biodiversidad del Sistema Ambiental (Sina). En el marco del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad

especies amenazadas. Así, al referirse a la situación de las tortugas hicoteas (solo para traer un ejemplo) y tras describir la crueldad con la que estos animales son tratados, en el reporte se resalta:

En sucre se ha documentado que la mitad de todos los ciudadanos participan en actividades relacionadas con la cosecha y captura. “Los 90 cazadores o comercializadores de tortugas en el municipio de Caimito tienen capacidad de procesar 13.644 hicoteas en una estación reproductiva, indicando una tasa de extracción de 150 tortugas por persona en solo cinco meses”.

Otros estudios sobre la hicotea estimaron que la extracción en toda la costa Caribe de Colombia en un año se aproxima a dos millones de tortugas. “Al hacer el seguimiento de cinco de los 15 cazadores, en la época de lluvia extrajeron aproximadamente 173 hicoteas y 352 en la época de sequía”.

Las afectaciones de este réptil no se limitan a la caza para su consumo. La alteración de su hábitat, como ciénagas y otros cuerpos de agua dulce similares, lo tienen en grave peligro. “En los últimos 20 años, la cuenca del río Magdalena ha presentado una transformación del 56 por ciento, como la desecación de los humedales y los impactos de los proyectos hidroeléctricos”, informa el Libro Rojo⁴.

En la misma línea ejemplificativa del tratadista Silva Sánchez, en el caso de las tortugas hicoteas (y de las demás

Biológica, ratificado por Colombia en 1994, el Instituto Humboldt genera el conocimiento necesario para evaluar el estado de la biodiversidad en Colombia y para tomar decisiones sostenibles para la misma”.

⁴. <http://www.humboldt.org.co/es/boletines-y-comunicados/item/1605-sos-de-instituto-humboldt-por-especies-mas-amenazadas-en-colombia-durante-la-cuaresma>

especies en peligro), es razonable pensar que la especie no se vería amenazada y los ecosistemas no sufrirían alteraciones relevantes, si se presentara la extracción aislada de algunos ejemplares. Sin embargo, la proliferación de ese tipo de acciones, que conlleva la caza y aprovechamiento de miles y hasta millones de animales, puede generar consecuencias inconmensurables para este recurso natural.

Precisamente, la reiteración de la conducta regulada en el artículo 328 del Código Penal fue lo que justificó el incremento punitivo previsto en la Ley 1121 de 2021. En los respectivos debates legislativos se dejó sentado lo siguiente:

De las estadísticas expuestas, se advierte que bien sea por actos urgentes, asistencia judicial, compulsas de copias, de oficio (informes), denuncias o peticiones especiales; los delitos con mayores noticias criminales corresponden al Art. 328 C.P., ilícito aprovechamiento de los recursos naturales (...).

Por tal motivo, el presente proyecto de ley propone un incremento punitivo, del 25% para estos delitos, en atención a su mayor ocurrencia e impacto social y ambiental⁵.

En suma, sin perjuicio de los debates dogmáticos que existen en torno a los denominados “*delitos acumulativos*”, lo expuesto en precedencia resulta suficiente para concluir que, por regla general, los delitos previstos en los artículos 328 y siguientes son de peligro, al punto que, en ocasiones, la

⁵ Gaceta del Congreso de la República Nro. 427, del 14 de mayo de 2021.

lesividad solo puede explicarse en virtud del denominado efecto acumulativo.

De otro lado, debe quedar claro que, en estos eventos, la afectación del bien jurídico no se establece por el impacto producido sobre un espécimen en particular (*el loro x, la tortuga y...*), sino a partir de los efectos generados sobre las especies, los ecosistemas, etcétera.

De no ser así, perderían sentido todos los tipos penales consagrados en los artículos 328 y siguientes, pues, a manera de ejemplo, la captura de especímenes -328- siempre implica su afectación, lo que, por razones obvias, también sucede con el tráfico de fauna -328 A-, la caza ilegal -328 B-, la pesca ilegal (328 C), etcétera.

Lo anterior, sin perder de vista que el Código Penal, en el Título XI-A, consagra los delitos contra los animales, y, en el Capítulo Único, sanciona con pena de prisión de 12 a 36 meses al que *“por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física”* –Art. 339 A-, sin perjuicio de las circunstancias de agravación punitiva previstas en el artículo 339 B. Estos tipos penales fueron adicionados por el artículo 5° de la Ley 1174 de 2016.

En todo caso, debe considerarse la posibilidad de que las conductas referidas en el artículo 328 del Código Penal causen alguno de los efectos descritos en el artículo 333 (que, con algunas variaciones, equivale al artículo 331, según la nomenclatura vigente para cuando ocurrieron los hechos). Ello puede suceder si, por ejemplo, con la captura, explotación o transporte de un recurso fáunico se causa su destrucción o desaparición.

En ese tipo de casos, según sus particularidades, debe analizarse si la conducta encaja en el artículo 328 o en el artículo 333. Para ello, será determinante la **comprobación del daño** que reclama el artículo 333 –331 para la época de los hechos-, lo que suele hacerse a través de un dictamen pericial, que debe ser valorado a la luz de la sana crítica y con apego a la respectiva reglamentación en el ordenamiento procesal, tal y como se explicó en precedencia.

Lo anterior, para resaltar que la sola consideración de los verbos rectores, a la que alude el impugnante, no parece suficiente para dirimir este tipo de asuntos. Al efecto, según se acaba de anotar, resulta fundamental establecer si se causó un daño concreto al bien jurídico protegido, o si la conducta del sujeto activo lo puso en peligro efectivo.

6.3. Lo que se demostró a lo largo de la actuación

No se discute que el 27 de septiembre de 2007, MARÍA EUGENIA GALVIS MARTÍNEZ reclamó una encomienda envidada en un autobús que cubría la ruta Montería – Bogotá, contentiva de diversos animales silvestres, así: (i) una lora real, (ii) tres cotorras carisucias, (iii) 38 pericos bronceados, y (iv) 40 tortugas morrocoy. De ello, da cuenta el informe de la autoridad que llevó a cabo el procedimiento, así como el reporte del estado de los animales recuperados.

En cuanto al impacto de la conducta de la procesada, la Subdirección de Silvicultura, Flora y Fauna Silvestre concluyó lo siguiente:

En este orden de ideas, el daño causado por el cautiverio al que fueron sometidos estos animales silvestres incautados, puede considerarse desde tres perspectivas importantes:

La primera tiene que ver con el perjuicio al ecosistema de origen de estos animales, que constituía su hábitat natural y en el que cumplían roles esenciales al alimentarse de diferentes frutos, nutrir el suelo o el agua con sus excrementos, permitiendo que otras especies de la flora contaran con sustratos ricos para crecer o facilitando que otras especies de animales se nutrieran con sus propios desperdicios. También se eliminó la posibilidad de que pudieran ser predadores de invertebrados, ser presas de otras especies ubicadas en un nivel superior de la cadena trófica, reproducirse y generar nuevos descendientes que permitieran la supervivencia de la especie.

La segunda, está relacionada con el daño directo a la especie a la que pertenecen los animales incautados, pues como es bien sabido a través

*de reportes de entidades internacionales como la WSPA de diez (10) animales extraídos ilegalmente de su medio natural tan solo sobrevive uno (1). **Sobre esta base, es fácil colegir que el daño se ocasionó no solamente a un animal sino más bien, puede decirse que los animales incautados son sobrevivientes en un 10% de lo que realmente pudo haber sido extraído del medio de manera ilícita***⁶.

La tercera, tiene que ver con el impacto negativo ocasionado directamente a los especímenes, pues el hecho de mantenerlos en cautiverio y siendo utilizados para los fines ya conocidos, genera daños graves e irreversibles sobre su comportamiento, fisiología, estado de salud y capacidad para retornar en buenas condiciones al medio ambiente natural. En conclusión, dicho cautiverio sí causa daño en este recurso natural.

Así, se advierte que en este concepto, para explicar el daño, se alude a dos situaciones perfectamente diferenciables, a saber: (i) el impacto en el ecosistema y en las especies a las que pertenecen los animales incautados, y (ii) el daño sufrido por cada animal en particular.

Frente a lo primero, a lo largo del informe se hizo énfasis en la reiteración de conductas como la endilgada a GALVIS MARTÍNEZ, para explicar el daño al bien jurídico. Se dijo:

*Sería importante destacar que todos los organismos vivos, tanto plantas como animales, cumplen dentro de los ecosistemas a los que pertenecen funciones precisas. **Cuando una población reduce su tamaño de***

⁶ Negrillas fuera del texto original.

manera ostensible, debido a una extracción insostenible, todo el ecosistema sufre una afectación que difícilmente puede ser revertida.

(...)

La comercialización de que son objeto **de manera reiterada e indiscriminada** por parte de personas inescrupulosas, es el resultado de **una continua demanda de este tipo de animales**, debido a las altas tasas de mortalidad que sufren a raíz del deterioro por manipulación, enfermedad, tipo de alojamiento (jaulas) y maltrato.

Como se mencionó anteriormente, no se trata solamente de la comercialización ilegal de un espécimen sino que se evidencia aquí un aprovechamiento **no autorizado, no sostenible** y que atenta contra la estabilidad de un recurso natural esencialmente importante para el equilibrio de nuestros ecosistemas, por lo que la actividad adelantada por esta persona causa un grave daño a los recursos naturales **debido a la recurrencia del ilícito**, a la variedad de especies que está explotando ilícitamente, a los volúmenes que están siendo incautados, y a la muerte no reportada de animales durante las actividades y tiempo que ha pasado desde su caza hasta el momento en que se logra su incautación.

(...)

Es importante considerar que en el caso objeto de análisis se incautaron 82 especímenes, volumen bastante significativo de animales que refleja una conducta de aprovechamiento no autorizado, no sostenible y atentatorio contra la estabilidad de un recurso natural esencialmente importante para el equilibrio de nuestros ecosistemas, por lo que podría además decirse que la actividad adelantada por la señora GALVIS puede ser causa de una (sic) grave daño a los recursos naturales⁷.

⁷ Negrillas añadidas.

La conclusión plasmada en el informe, según la cual los animales incautados deben corresponder al 10% de los efectivamente capturados (*sobre la base de que solo ese porcentaje sobrevive*), amerita los siguientes comentarios:

No se discute que los estudios mencionados (*aunque no desarrollados*) pueden dar cuenta de la muerte del 90 % de los animales puestos en cautiverio. Sin embargo, resulta especulativo concluir que la procesada GALVIS MARTÍNEZ realizó otras conductas ilícitas, al punto que pueda afirmarse que los animales que le fueron incautados corresponden al 10% de los que resultaron afectados con su proceder.

Lo expuesto en el concepto técnico solo es sostenible a la luz del efecto acumulativo, esto es, sobre la base de la reiteración de ese tipo de conductas por parte de personas indeterminadas. Al respecto, deben recordarse las estadísticas expuestas como fundamento del incremento de las penas previstas en el artículo 328 del Código Penal.

6.4. La solución del caso sometido a conocimiento de la Sala

Como quiera que los hechos ocurrieron en el año 2007, es necesario traer a colación las normas penales vigentes

para ese entonces, frente a las que se ha suscitado la discusión, a saber, los artículos 328 y 331 del Código Penal.

Artículo 328. El que con incumplimiento de la normatividad existente introduzca, explote, transporte, trafique, comercie, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos de especie amenazada o en vía de extinción o de los recursos genéticos, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa hasta de quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

*Artículo 331. 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, causándoles **grave afectación** o a los que estén asociados con éstos o se afecten áreas especialmente protegidas incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres (133) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

En primer término, como bien lo señala el impugnante, se advierte que la conducta de la procesada encaja en uno de los verbos rectores previstos en el artículo 328 (transportar), sin que pueda descartarse que los animales recuperados estuvieran destinados al tráfico. Por tanto, debe evaluarse lo atinente al daño, a efectos de establecer si, en principio, la conducta también podría subsumirse en el artículo 331 de la época, que equivale al artículo 333 de la actual normatividad.

Según se indicó en precedencia, en el informe técnico aportado por la Fiscalía se dejó en claro que la lesividad de

la conducta realizada por la procesada tiene como principal fundamento la proliferación de este tipo de delitos y, puntualmente, el proceso prolongado de extracción de estos animales, que pone en riesgo la supervivencia de las respectivas especies y, en general, los ecosistemas a los que pertenecen.

Además del daño causado a cada animal en particular, en el informe no se establece que la conducta de GALVIS MARTÍNEZ, individualmente considerada, haya dado lugar a la destrucción, inutilización, desaparición u otra forma de daño semejante, según lo previsto en el artículo 331.

Así, por ejemplo, no se estableció cuál es la población estimada de loras, pericos o tortugas, para precisar el impacto que sobre esas especies, y sobre los respectivos ecosistemas, pudo tener la conducta de la procesada. Se aclaró, eso sí, que la proliferación de este tipo de comportamientos puede tener ese clase de impactos, lo que no admite discusión.

Llama la atención que en el referido reporte se resaltó que la procesada tenía en su poder más de 80 especímenes, lo que fue reiterado por los no recurrentes. Aunque ello es cierto, no puede perderse de vista que no todos pertenecen a la misma especie, lo que, necesariamente, debe considerarse

al momento de establecer la afectación de los recursos naturales.

Lo anterior no implica que la conducta de la procesada sea irrelevante de cara a la protección del referido bien jurídico. Por el contrario, tal y como se expuso en las discusiones legislativas previas a la ley 1121 de 2021, la proliferación de este tipo de conductas puede causar graves consecuencias para los recursos naturales, lo que, precisamente, sirvió de fundamento al incremento de las penas previstas en el artículo 328.

Por tanto, la Sala concluye que la conducta endilgada a la procesada MARÍA EUGENIA GALVIS MARTÍNEZ encaja en el artículo 328 del Código Penal, bien porque corresponde a varios verbos rectores consagrados en dicha norma y porque con su comportamiento, aisladamente considerado, no causó un daño específico, en los términos del artículo 331 (*vigente para ese entonces*).

6.4. Los errores del Tribunal

Se advierte que el Tribunal realizó una interpretación adecuada del artículo 331 del Código Penal (*333 de la normatividad vigente*), en cuanto afirmó que

Es un tipo penal en blanco, en la medida en que es necesario remitirse a la normatividad existente sobre la materia a efectos de establecer su incumplimiento, así como para determinar cuáles son los recursos naturales y las áreas especialmente protegidas cuya afectación se sanciona.

Se trata igualmente de un delito de lesión, dada la naturaleza de los verbos rectores empleados, esto es, destruir, inutilizar, hacer desaparecer o dañar, y por el elemento normativo que califica su concreción, pues no se trata de cualquier vulneración de los recursos a los recursos naturales o a los que estén asociados con estos o a las áreas especialmente protegidas, sino que debe consistir en una grave afectación.

No está por demás aclarar que la redacción actual del artículo 331 del Código Penal (Ley 599 de 2000), modificado por la Ley 1453 de 2011, sanciona la conducta que dañe los recursos naturales, sin exigir “grave afectación”, como se hacía en el texto original.

El error en la selección de la norma aplicable se produjo, en esencia, por la indebida valoración del concepto técnico aportado por la Fiscalía.

Al efecto, en el fallo impugnado se transcribió el aparte del informe técnico, en el que se plantearon las tres formas de afectación de los recursos naturales: (i) al ecosistema, (ii) a las respectivas especies, y (iii) a las loras, pericos y tortugas transportados por la procesada. Al respecto, el Tribunal relacionó las conclusiones transcritas en los apartados anteriores.

Sin embargo, no tuvo en cuenta que en dicho reporte:
(i) para explicar la lesividad, se hizo énfasis en “la comercialización de que son objeto **de manera reiterada e indiscriminada**” este tipo de animales, y se resaltó que “la actividad adelantada por esta persona causa un grave daño a los recursos naturales **debido a la recurrencia del ilícito**”; (ii) no se incluyeron datos que permitan establecer el impacto de la conducta de GALVIS MARTÍNEZ, individualmente considerada, en las especies a los que pertenecen los animales incautados y en los respectivos ecosistemas; y (iii) el único daño específico que se relacionó fue el causado a los animales recuperados.

Lo anterior, constituye un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, toda vez que se dejaron de considerar aspectos relevantes de la prueba.

Ese error se tradujo en la violación indirecta de la ley sustancial, porque se dejó de aplicar el artículo 328 del Código Penal y, en su lugar, se aplicó indebidamente el artículo 331 ídem.

Aunque el error de hecho en mención fue determinante, no puede perderse de vista que el Tribunal no analizó a profundidad el artículo 328 del Código Penal, en orden a decidir si la conducta de la procesada podría encajar en el

mismo. Puntualmente, no tuvo en cuenta que se trata de un delito de peligro. Ello se vio reflejado en la respuesta que le dio al apelante:

En el anterior contexto, se muestra subjetiva la apreciación del apelante, orientada a que la extracción desde su hábitat nativo, hasta Bogotá, en cajas de cartón, en la bodega del bus, sin posibilidad segura de retorno a su origen, de una lora real, 3 cotorras carisucias, 38 peritos y 40 tortugas morrocoy, fue inane y no causó daños a los recursos naturales.

Como la Fiscalía encargada de la acusación cimentó los cargos en varios elementos materiales probatorios entre ellos, un informe pericial, para que una visión como la del Ministerio Público tuviera respaldo, en aplicación del principio de carga dinámica de la prueba, el interesado ha debido demostrar, con sustento probatorio, o con base en la opinión de otros expertos, que la ausencia de esa cantidad de animales de cada una de las especies protegidas, en su hábitat natural, es insignificante, de exiguo impacto o imperceptible para el medio ambiente.

Según el Tribunal, el hecho de que el apelante haya solicitado la aplicación del artículo 328, implica que tilda de “inane” la conducta de la procesada frente al bien jurídico protegido con dicho tipo penal.

Ello, se contrapone a lo expuesto en precedencia sobre la lesividad de los comportamientos regulados en ese artículo y va en contravía de lo resuelto por esta Sala en la decisión CSJSP3202, 8 agos 2018, Rad. 49673, donde se concluyó que el transporte de carne de hicotea, correspondiente a un

número reducido de especímenes, resultó lesivo para el bien jurídico.

En todo caso, no puede asumirse que las conductas descritas en los artículos 328 y siguientes del Código Penal son irrelevantes de cara a la protección de los recursos naturales. Al efecto, debe considerarse que el legislador, como ya se dijo, recientemente incrementó las penas previstas en dicha norma, precisamente, por el grave impacto derivado de la proliferación de ese tipo de comportamientos.

De otro lado, el fallador de segundo grado no tuvo en cuenta que si la Fiscalía optó por el delito previsto para ese entonces en el artículo 331, tenía la carga de **demostrar** el daño causado a los recursos naturales, bajo el entendido de que el artículo 328 atañe al mismo bien jurídico, pero en la modalidad de peligro.

Por tanto, es inapropiado hablar de la “*carga dinámica de la prueba*”, para concluir que era a la defensa a quien le correspondía demostrar que no ocurrió una afectación relevante a la luz de lo establecido en la norma elegida por el acusador.

Lo anterior, aunado a los yerros en la valoración del concepto técnico aportado por la Fiscalía, le impidió

establecer que la conducta de la procesada se enmarca en el artículo 328, no solo porque reprodujo varios de los verbos rectores allí previstos, sino porque, además, generó un peligro efectivo para los recursos naturales, bajo el entendido de que la proliferación de este delitos, según se aclara en el referido reporte, hace que comportamientos como el suyo, por la vía de la acumulación, puedan dar lugar a la extinción de múltiples especies y a la afectación de los ecosistemas.

6.5. La solución del caso sometido a conocimiento de la Sala

Aunque el caso se sometió a conocimiento de la Judicatura en virtud de un preacuerdo, lo que, en principio, limitaría la competencia a resolver sobre la procedencia de la condena anticipada, la corrección de la calificación jurídica obliga a verificar si operó la prescripción de la acción penal, tal y como lo solicita el impugnante.

No se discute que los hechos ocurrieron el 27 de septiembre de 2007.

Para esa época, el artículo 328 del Código Penal consagraba la pena de prisión de 32 a 90 meses.

La imputación se formuló el 18 de junio de 2015, cuando habían transcurrido más de 90 meses luego de perpetrado el delito.

Por tanto, según lo previsto en el artículo 83 del Código Penal (“*la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a 5 años*”), es claro que la acción penal había prescrito para el momento en que se formuló la imputación.

Al respecto, se hace un respetuoso llamado de atención a la Fiscalía para que proceda con la diligencia debida, pues resulta inadmisibile que ante una captura en flagrancia y frente a un proceso que no acarrea mayores esfuerzos investigativos, hayan transcurrido casi ocho años entre la comisión de la conducta y la formulación de imputación.

Por tanto, se casará el fallo impugnado, conforme lo solicita el impugnante, con las aclaraciones hechas a lo largo de este proveído, en orden a declarar que la conducta de la procesada encaja en el artículo 328 del Código Penal y que, por tanto, operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, razón suficiente para decretar la preclusión.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Casar el fallo impugnado, en orden a declarar que la conducta perpetrada por MARÍA EUGENIA GALVIS MARTÍNEZ encaja en el delito previsto en el artículo 328 del Código Penal.

Segundo: Decretar la preclusión de la instrucción frente al delito de aprovechamiento ilícito de los recursos naturales renovables, por haber operado la prescripción de la acción penal. En consecuencia, se ordena la cancelación de cualquier anotación o medida que afecte los derechos de la procesada en razón de este proceso.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

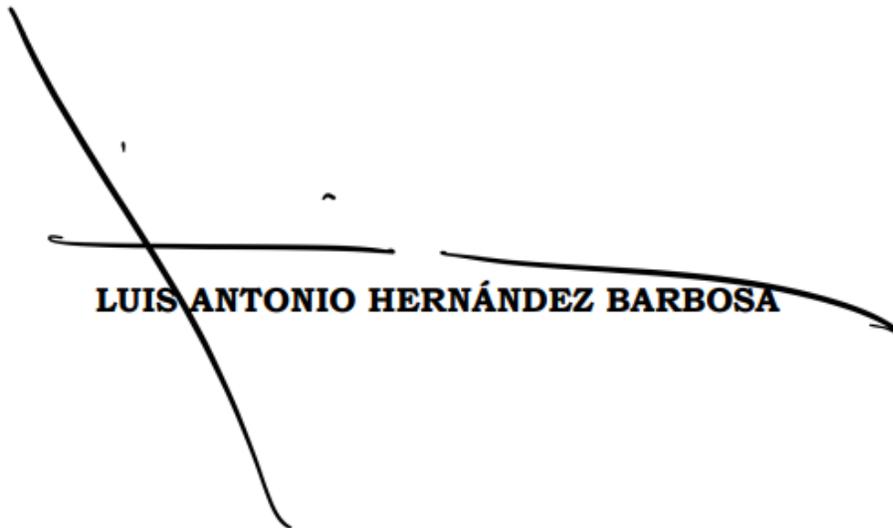
Cúmplase.


GERSON CHAVERRA CASTRO


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

CUI 11001600001320078180501

Número Interno 51380

María Eugenia Galvis Martínez



HUGO QUINTERO BERNATE

Salvamento de voto



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal 021