

**LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
OPORTUNIDAD Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO AMBIENTAL:
UNA MIRADA A LAS FUNCIONES PREVENTIVA Y RESTAURATIVA DEL
DERECHO AMBIENTAL EN EL DERECHO PENAL**

NAYIBY TEJADA ZABALA

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MANIZALES
2016**

**LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
OPORTUNIDAD Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO AMBIENTAL: UNA
MIRADA A LAS FUNCIONES PREVENTIVA Y RESTAURATIVA DEL
DERECHO AMBIENTAL EN EL DERECHO PENAL**

NAYIBY TEJADA ZABALA

Directora:

MG. CLAUDIA ALEXANDRA MUNÉVAR QUINTERO

**Trabajo presentado como requisito para obtener el título de
Magíster en Derecho**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
MANIZALES**

2016

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del Evaluador

Manizales, Enero de 2016

“Si buscas resultados distintos, no hagas siempre lo mismo”
Albert Einstein

AGRADECIMIENTOS

A Dios, porque sustenta mi suerte e ilumina con sus bendiciones cada paso recorrido.

A mi esposo, porque con su paciencia y amor ilimitados apoya mis sueños haciéndolos realidad.

A mi madre y mi hijo, por ser mi refugio de bondad y por regalarme el tiempo necesario para este trabajo.

Al Doctor Mauricio Quintero López, por compartir sus conocimientos.

A la Doctora Claudia Alexandra Munévar Quintero, por sus aportes y por el acompañamiento en el desarrollo del proyecto académico.

A la Universidad de Manizales, por ser la madre nutricia de mis estudios en maestría.

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	8
INTRODUCCIÓN.....	10
1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	12
1.1. Planteamiento del problema.....	12
1.2. Justificación	13
1.3. Objetivos.....	14
1.3.1. Objetivo general.....	14
1.3.2. Objetivos específicos	15
1.4 Enfoque Metodológico	15
2. ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	17
2.1. Orígenes.....	17
2.2 Generalidades del Principio de Oportunidad.....	19
2.3 Aplicación del Principio de Oportunidad en los procesos penales adelantados por delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales.....	24
2.4 De los daños al medio ambiente y los recursos naturales.....	33
3 LA FUNCIÓN PREVENTIVA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO AMBIENTAL	39
3.3 La función preventiva en el derecho ambiental	39
3.4 La función preventiva en el derecho penal	49
3.4.1 El nuevo derecho penal y las facultades de acercamiento entre partes.....	49
3.4.2 Principio de última ratio.....	54
3.4.3 Protección del medio ambiente en el derecho penal	55

4.	LA FUNCIÓN RESTAURATIVA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO AMBIENTAL	62
4.1	La función restaurativa en el derecho ambiental	62
4.2	La función restaurativa en el derecho penal	75
5.	ANÁLISIS DE CASOS A LA LUZ DEL DERECHO PENAL E INTERVENCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL	89
5.1	Casos Tipo A	91
5.1.1	A manera de síntesis sobre los Casos Tipo A	103
5.2	Casos Tipo B.....	106
5.2.1	A manera de síntesis sobre los Casos Tipo B	113
6.	TENSIONES Y COMPLEMENTARIEDADES ENTRE LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y RESTAURATIVA DEL DERECHO AMBIENTAL, EL DERECHO PENAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	116
7.	CONCLUSIONES.....	123
	REFERENCIAS	130

RESUMEN

El presente trabajo busca, desde un carácter cualitativo, establecer la relación que existe entre la aplicación del Principio de Oportunidad y las funciones preventiva y restaurativa de las normas del derecho ambiental; con ese fin, se describe el alcance de la aplicación de esta figura jurídica en los procesos penales adelantados por delitos contra los recursos naturales y del medio ambiente, se analizan las funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental y el derecho penal y se establece la relación entre el Principio de Oportunidad y éstas funciones preventiva y restaurativa.

El alcance de la investigación es de tipo analítico, pues, se estudian las tensiones que se presentan entre la función preventiva y restaurativa del derecho ambiental y del derecho penal, así como la forma en que se complementan, especialmente cuando tiene lugar la aplicación del denominado Principio de Oportunidad. El trabajo incluye el análisis de casos prácticos en los cuales convergen el derecho ambiental y el derecho penal, entre ellos, uno en el cual se presentó la aplicación de la figura jurídica estudiada.

La presente propuesta desarrolla tres objetivos establecidos en la descripción del alcance de la aplicación del Principio de Oportunidad en los procesos penales adelantados por delitos contra los recursos naturales y del medio ambiente, la comparación entre las funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental y el derecho penal y en establecer la relación existente entre el Principio de Oportunidad y esas funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental.

Palabras claves: Derecho Penal, Principio de Oportunidad, Derecho Ambiental, función preventiva y función restaurativa.

SUMMARY

This work seeks, from a qualitative nature, to establish the relationship that exists between the application of the Principle of Opportunity and the preventive and restorative functions of the standards of environmental law; with this objective, the scope of application of this juridical figure in the criminal proceedings brought for crimes against natural resources and the environment, the preventive and restorative functions of environmental law and criminal law are analyzed, and the relationship is established between the Principle of Opportunity and these preventive and restorative functions.

The scope of the investigation is analytical, because it studies the tensions that are presented between the preventive and restorative function of environmental law and criminal law, as well as how they complement each other, especially when the so-called Principle of Opportunity applies. The work includes the analysis of practical cases in which environmental law and criminal law converge; including one in which the application of the juridical figure studied was presented.

This proposal develops three objectives established in the description of scope of application of the Principle of Opportunity in the criminal proceedings brought forward for crimes against natural resources and the environment, the comparison between the preventive and restorative functions of environmental law and criminal law, and establishing the existing relationship between the Principle of Opportunity and those preventive and restorative functions of environmental law.

Key words: criminal law, Principle of Opportunity, environmental law, preventive function and restorative function

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se estudia la figura del Principio de Oportunidad, aplicada en los procesos penales adelantados por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en Colombia, y su relación con las funciones preventivas y restaurativas del derecho ambiental.

Se trata entonces de una figura jurídico penal que presenta dentro de sus facultades permitir la compensación del daño, el resarcimiento de perjuicios, la garantía de no repetición y la recomposición del tejido social, misma que puede ser pensada como herramienta efectiva a la hora de dar solución a algunos problemas que aquejan al medio ambiente y los recursos naturales.

Las diferentes sociedades han venido evidenciando progresivamente la necesidad de hacer cada vez más estrictas las normas jurídicas y económicas relacionadas con la protección del medio ambiente, en la medida en que los recursos naturales se han vuelto más escasos y la amenaza para la subsistencia de la especie humana se ha hecho más evidente (Maya, 1993).

Y es que dado el creciente interés que existe en la sociedad, tanto a nivel internacional como a nivel nacional por los asuntos relacionados con la protección del medio ambiente y, siendo la eficacia del sistema judicial una de las necesidades prioritarias para el buen funcionamiento de cualquier sociedad, se busca con el presente trabajo crear inquietud frente al tema de la salvaguarda de nuestro medio ambiente y motivar a la comunidad académica a la utilización de herramientas que, reposando en los diferentes ordenamientos jurídicos, deben ser tomadas como el desarrollo del voluntarismo humano dirigido a proteger; razón y voluntad dirigidas a un fin común.

De acuerdo con las proyecciones del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE, en Colombia habrá para el 2020 un total de 50,9 millones de

habitantes (DANE, 2005), los que generarán una demanda creciente de vivienda, alimentación y salud, por mencionar solo algunas de las necesidades básicas. A menos de que se logre que las actuales generaciones del país, especialmente las más jóvenes, modifiquen sus hábitos en cuanto al tipo de relación que mantienen con el medio ambiente, las generaciones que vivan en el 2020 y en los años siguientes van a encontrar cada vez menos recursos para su subsistencia y van a vivir en unas condiciones ambientales cada vez menos tolerables; los fenómenos naturales que ya se observan hoy con extremos niveles de temperaturas altas y bajas, descongelamiento de los nevados, intensidades de lluvias y de veranos no vistas antes, crecientes niveles de partículas nocivas en el aire, incremento de los precios de los combustibles fósiles, contaminación de las fuentes de agua, entre otros, son evidencia de lo que puede llegar a suceder en el futuro si no se modifica el comportamiento de las generaciones actuales.

El trabajo aborda varios temas que guardan relación entre sí, buscando encontrar conclusiones que aporten a la salvaguarda de ese bien preciado, desde la figura estudiada. Se encuentra organizado en seis capítulos, así; en el primero se precisa el alcance del problema de investigación, mientras que en el segundo se hace un acercamiento a la noción del Principio de Oportunidad en general. La función preventiva es mirada tanto desde el derecho penal como del ambiental en el tercer capítulo y en el cuarto se hace lo mismo respecto la función restaurativa. En el quinto capítulo del trabajo se relacionan casos que fueron insumos importantes para la investigación, en el sexto capítulo se presentan las tensiones y complementariedades existentes entre la función preventiva y restaurativa del derecho ambiental y el derecho penal en torno al Principio de Oportunidad y en el capítulo final se reúnen las conclusiones y recomendaciones del trabajo.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento del problema

La inquietud investigativa ha surgido teniendo en cuenta que, aun existiendo la figura jurídica del Principio de Oportunidad en el ordenamiento jurídico Colombiano, de acuerdo con lo establecido en el Acto legislativo 03 de 2002, la Ley 906 de 2004 y la Ley 1312 de 2009, su aplicación no ha sido plena en razón a varios factores como son el desconocimiento por parte de los operadores de justicia encargados de dicha aplicación, el concepto de algunos jueces que consideran que la figura constituye un premio para el penalmente responsable, la reticencia de algunos fiscales por considerar que el trámite para su aplicación resulta engorroso, así como la preferencia de estos por buscar otras opciones legales que les permita prescindir de esta herramienta jurídica, dado que, en la práctica, dichas opciones tienen efectos de descongestión similares y pueden ser aplicadas con un desgaste operativo menor.

Por otro lado, se observa inactividad procesal en los procesos adelantados por los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, los cuales son con frecuencia vistos como un capítulo muerto en el código de las penas y como casos sin solución a la luz del derecho penal, en razón del principio de última intervención (última ratio); ello, sin siquiera considerarse que, en razón de esa misma característica, tales comportamientos atentatorios del medio ambiente y los recursos naturales pueden llegar a ser atendidos, en algún momento, aplicando la figura del Principio de Oportunidad, considerando las ventajas que puede presentar su aplicación, siendo una herramienta jurídica penal con la capacidad de propender por la compensación del daño, el resarcimiento de perjuicios, la garantía de no repetición y la recomposición del tejido social, además, que evita la imposición de penas innecesarias a cambio de resarcir los daños ocasionados al medio ambiente.

Y es que los actores judiciales sólo suelen ver las funciones coercitivas con las que cuenta esta rama del derecho, más no prestan suficiente atención a las funciones preventivas y restaurativas que pueden llegar a existir dentro de él. Al hacerlo, olvidan que el nuevo derecho penal cuenta con mecanismos de acercamiento entre partes que permiten soluciones a los problemas sociales, especialmente aquellos que aquejan al medio ambiente. Es por ello que, algunos sectores de la doctrina consideran al derecho penal como una rama imposibilitada para proteger al medio ambiente, mientras que otros, aun con la limitante de tener la característica de última ratio, consideran posible dicha intervención en procura de la protección de ese bien jurídico tutelado.

En este sentido, del anterior problema se deriva la siguiente pregunta de investigación, ¿Cuál es la relación entre la procedencia de la aplicación del Principio de Oportunidad en los procesos penales adelantados por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en Colombia, respecto a las funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental?

1.2. Justificación

El presente trabajo se justifica en cuanto se conoce la necesidad de dar solución jurídica a los casos penales adelantados en las Fiscalía Seccionales iniciados por asuntos e infracciones cometidas contra el medio ambiente. Así las cosas, teniendo en cuenta que esta rama del derecho cuenta con facultades y herramientas útiles para proteger ese bien jurídico y que, el medio ambiente requiere de dicha atención en aras de garantizarle a las generaciones presentes y futuras un bienestar, se ha estudiado la figura del Principio de Oportunidad como mecanismo con fines resarcitorios e indemnizatorios y de acercamiento entre partes.

La investigación fue motivada por una inquietud laboral que generó el cúmulo de indagaciones penales existentes en los despachos de Fiscalías Seccionales, las cuales usualmente no tienen avances positivos en cuanto a su adelantamiento investigativo ni la judicialización de los responsables, por lo que se analizó la figura relacionada como una

solución a esas demoras investigativas frente a los diferentes problemas ambientales, y al establecer que no solo la jurisdicción administrativa resulta viable a la hora de sancionar las infracciones cometidas, pues, el derecho penal, aun con su característica de ultima ratio, puede resultar viable a la hora de proteger dicho bien jurídico.

La figura jurídica se analizó desde las funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental, buscando aprovechar la función coercitiva del derecho penal, representada en la sanción y rescatando los fines resarcitorios, compensatorios y, de acercamiento entre partes que el nuevo derecho penal propone en aras de remediar, en parte, el daño producido al medio ambiente. Dicha figura resulta beneficiosa, en tanto permite relacionar, en el periodo de suspensión de la acción penal que se exige para su aplicación, la exigencia de obligaciones a cargo del indiciado dirigidas a remediar el daño producido o minimizar los efectos que su conducta hubiere generado, bajo los principios universales ambientales, mismos que mediante el artículo 1 de la Ley 93/1993 han sido atendidos en Colombia.

El beneficio que se busca con la aplicación de esta herramienta, rescatando las funciones restaurativa y preventiva en ella, es lograr, desde la academia, proponer soluciones de protección al medio ambiente con calidad jurídica y motivar a la comunidad de profesionales y funcionarios encargados de administrar justicia a generar espacios de defensa del medio ambiente.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Analizar la relación entre la procedencia de la aplicación del Principio de Oportunidad, en los procesos penales adelantados por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en Colombia, respecto a las funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental.

1.3.2. Objetivos específicos

- Describir el alcance de la aplicación del principio de oportunidad en los procesos penales adelantados por delitos contra los recursos naturales y del medio ambiente.

- Comparar la relación entre las funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental y el derecho penal

- Establecer la relación existente entre el Principio de Oportunidad y las funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental

1.4 Enfoque Metodológico

El Enfoque del presente trabajo de investigación es de carácter Cualitativo; desde la mirada del análisis y la interpretación y no desde la medición y verificación propia de los estudios cuantitativos. Ello, en el entendido que, según Sampieri, “el enfoque cualitativo (...) con frecuencia se basa en métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y las observaciones. Por lo regular (...) es flexible y se mueve entre los eventos y su interpretación, entre las respuestas y el desarrollo de la teoría” (Sampieri, Hernández y Baptista, 2003).

Así mismo, en correspondencia con el objetivo general, el tipo de investigación es de alcance analítico, pues, según Hurtado (2010), este tipo de investigación “tiene como objetivo analizar un evento y comprenderlo en términos de sus aspectos menos evidentes. (...) El análisis implica varios tipos de resultados, entre ellos la interpretación y la crítica” (p. 443). Así, se analizó la relación entre la aplicación del Principio de Oportunidad, en los procesos penales adelantados por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en Colombia, y las funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental.

En este sentido, en correspondencia con los objetivos específicos, la investigación se estructuró en dos fases. La primera, de alcance descriptivo, el cual “(...)

tiene como objetivo lograr una precisión y caracterización del evento de estudio dentro de un contexto particular” (Hurtado, 2010, p. 413). En este sentido se caracterizó y conceptualizó la figura del Principio de Oportunidad en los procesos adelantados por delitos ambientales, y las funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental.

La segunda fase, correspondió a un tipo de investigación comparativo, la cual según Hurtado (2010) “(...) tiene como objetivo la identificación de diferencias y semejanzas con respecto a la aparición de un evento en dos o más contextos, grupos o situaciones diferentes” (p. 463). Fue así como, desde la descripción de las figuras estudiadas se realizaron comparaciones en cuanto a semejanzas y complementariedades entre éstas y las funciones preventivas y restaurativas del derecho penal y el derecho ambiental, cada una desde su concepto y alcance.

1.5 Fuentes de Recolección de Información

En cuanto a las fuentes de recolección de información, se utilizaron fuentes primarias de tipo documental, tales como expedientes judiciales, informes de las Corporaciones Autónomas Regionales, informes de policía judicial y registros de audiencias penales. Así mismo, se recurrió a fuentes secundarias de campo, a través de estudios de caso.

2. ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Dado el propósito trazado de establecer la relación entre la aplicación del Principio de Oportunidad en los procesos penales adelantados por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en Colombia, con las funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental, en el presente capítulo se aborda el análisis del Principio de Oportunidad. En este capítulo se analizan los orígenes de dicha herramienta jurídica, los elementos que lo caracterizan y lo regulan, así como las causales que dan origen a su aplicación en los casos relacionados; adicionalmente se incluye un análisis sobre la calidad de principio que, en algunos casos se le pretende otorgar a este mecanismo jurídico.

2.1. Orígenes

La incorporación del Principio de Oportunidad en la legislación proviene especialmente del derecho anglosajón, mismo que dio origen al sistema acusatorio, influenciado además por el sistema judicial de Europa Continental. Este sistema se caracteriza por la separación de funciones de acusación y juzgamiento, el ejercicio del derecho de contradicción en igualdad de condiciones y el juez ajeno al conflicto o tercero imparcial (Ramírez y Puentes, 2010).

“El derecho anglosajón (o common Law) es el sistema jurídico derivado del sistema aplicado en la Inglaterra medieval y que es utilizado en gran parte de los territorios que tienen influencia británica y se caracteriza por basarse más en la jurisprudencia que en las leyes”¹ El “common law” está constituido por el acervo de

¹ El sistema político británico es el más antiguo y se ha mantenido sin conocer cambios básicos en sus instituciones, las cuales se han amoldado a situaciones políticas, económicas y sociales diferentes, pero sin sufrir rupturas. (Tinoco, et al., 2001).

sentencias dictadas por los jueces, por lo cual también es denominado como “derecho judicial”, en contraposición a la Ley o “derecho legislado”. De acuerdo con Vélez (1996) “su carácter “común” debe vincularse fundamentalmente al hecho de ser aceptado comúnmente por las partes en disputa en cualquier lugar del país, a diferencia de los estatutos o reglas locales motivo de serias sospechas entre los litigantes”. Este autor considera que el derecho común se forma por la presencia de dos factores; por un lado, el sentido común, entendido como la materialización del derecho natural y la incorporación de éste en las sentencias y, por otro lado, la aplicación en la resolución de situaciones análogas o similares. “Empero, en la elaboración de la sentencia el juez está particularmente vinculado por éstos últimos, por los precedentes, contenidos en sentencias anteriores que de alguna manera hubieren versado sobre casos similares al que es materia actual de resolución” (p. 40).

La “*Equity*” o equidad es “la otra fuente importante del derecho inglés, la cual, remedió las rigideces formalistas del common law, ampliando la posibilidad de pedir justicia mediante un sistema de “acciones libres innominadas”, como complemento al limitado catálogo de los writs (mandamientos) que inicialmente conforme al common law podían pedirles los querellantes a los jueces y que limitaban las posibilidades de impartir justicia por parte de los tribunales comunes” (Vélez, 1996, p. 41)

De acuerdo con Vélez (1996), en Estados Unidos, a pesar de la aparente exclusividad de los jueces y magistrados en el ejercicio del poder jurisdiccional, existen varias entidades administrativas (agencias) que ejercen poder de juzgamiento en disputas entre particulares y en disputas en que la administración se constituye como parte, por lo que (Vélez) “estima erróneo considerar que sólo las cortes puedan cumplir la función jurisdiccional”, y, por el contrario, que “la Corte Suprema de Estados Unidos ha ratificado en repetidas veces la competencia juzgadora de las agencias, bien con la tesis de que el Congreso puede conferírsela a entes distintos de las Cortes de ley previstas por el artículo III de la Constitución con tal de que se preserve el poder de

revisión por las Cortes ordinarias, bien con el argumento de que la agencia es o se asimila a la especie de “Tribunal inferior” prevista en el mismo artículo” (p. 41).

2.2 Generalidades del Principio de Oportunidad

Para entender la figura jurídica estudiada, se debe dar claridad a su entidad y establecer sus generalidades.

Si bien lo que se conoce como Principio de Oportunidad ha sido catalogado como tal en el marco de la legislación penal colombiana, resulta oportuno preguntarse si en realidad su diseño y los elementos que lo constituyen son o no suficientes para que sea considerado como un principio Constitucional, pues, según la Corte Constitucional, los principios “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden” (Corte Constitucional, Sentencia T 406, 1992).

Entre tanto, lo que persigue el denominado Principio de Oportunidad es facultar a la Fiscalía General de la Nación para que suspenda, interrumpa o renuncie a la persecución de los posibles responsables de actos tipificados como delitos, siempre que ello genere beneficios al sistema judicial y a la víctima como consecuencia de la colaboración de esos imputados.

Según (Gómez, s.f), “Los principios se constituyen en criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de transcendencia o importancia para el derecho orientando como guías hermenéuticas la aplicación de reglas jurídicas” (p. 40).

Es por esto que, se considera que el Principio de Oportunidad no es un principio rector de ningún procedimiento, pues, la entidad jurídica para la cual fue creado no implica como característica principal la que deba ser aplicado de manera inmediata dentro de cualquier ordenamiento jurídico como pilar fundamental, además, porque basta con pretender que el mismo no existiera en el marco legal para entender que, si éste no se encontrara dentro del código procesal penal, el proceso penal no se desnaturalizaría ni dejaría de adelantarse.

Puede presumirse que la eliminación de esa opción sin duda limitaría a la Fiscalía de una herramienta importante de presión que restringiría sus posibilidades de maniobra en ciertos casos en que la persecución de los delitos puede resultar compleja y/o demorada, en el entendido de que existen ciertos aspectos técnicos o de otro tipo, como la demora de las entidades involucradas (Juzgados de Conocimiento, Defensoría Pública y Fiscalía General de la Nación) en el proceso penal para llegar hasta una audiencia de juicio oral, la demora en la etapa de indagación y recolección de elementos materiales probatorios o la retractación de algunos acusados que pretenden dilatar la acción de la Fiscalía General de la Nación en las investigaciones penales; sin embargo, el denominado Principio de Oportunidad, siendo un criterio de terminación anticipada del proceso, puede ser la mejor opción para acceder rápidamente a la justicia,

solucionando los conflictos y obteniendo resultados positivos a la hora del resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Se trata entonces, de una facultad señalada en el artículo 250 de la Carta, la cual no hace parte del Título I, De los Principios Fundamentales. Dichos principios fundamentales se refieren a la característica de Estado social de derecho, a los fines esenciales del Estado, a la soberanía que reside exclusivamente en el pueblo, a la Constitución como norma de normas, al reconocimiento de los derechos inalienables de la persona, de la responsabilidad de los particulares por infringir la Constitución y las leyes, al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, a la obligación estatal y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, a los principios que fundamentan las relaciones exteriores del Estado y del señalamiento del castellano como el idioma oficial de Colombia.

Si no existieran los principios fundamentales constitucionales, el ordenamiento jurídico contaría con importantes vacíos, dado que se trata de bases sobre las cuales se fundamentan otras normas que a vez resultan fundamentales; en cambio, si se eliminara el Principio de Oportunidad, los inconvenientes prácticos serían importantes en la persecución de ciertos delitos, más no generarían un traumatismo al ordenamiento jurídico y constitucional en general.

Ahora bien, algunos autores, que se aferran al principio de Legalidad, rechazan y critican al Criterio o Principio de Oportunidad por encontrar muy pocos beneficios en su aplicación y buscan atacar sus requisitos de aplicación con el fin de demostrar una violación al Principio de Igualdad. Uno de ellos es Gómez (2007), quien afirma que “para la aplicación del principio de oportunidad se deben tener en cuenta la existencia de causales de carácter sustancial y causales procesales y que la utilización de los términos interrupción y suspensión de la acción penal constituyen una falta de técnica jurídica, dado que semánticamente estos conceptos son sinónimos y que, si bien en la Ley 906 de 2004 y en la Resolución 6657 de 2004 de la Fiscalía General de la Nación buscan darles

un tratamiento diferenciado, se utilizan indistintamente confundiéndonlos y asignándoles los mismos efectos”

Ante tal afirmación, cabe precisar que, respecto de las causales, se deberán tener las enunciadas de manera taxativa en el artículo 324 del CPP, mismas que van de la mano con el carácter discrecional reglado que acompaña la figura; carácter reglado al cual se refieren (Ángel, et al., 2007), cuando manifiestan que “el sistema colombiano no consagró el principio de discrecionalidad absoluta, sino el de establecer criterios de oportunidad que permiten definir con justicia y rapidez qué casos que no deben incluir el principio de legalidad, que cede terreno en su naturaleza absoluta permitiendo la búsqueda de valores distintos de la persecución en sí misma, como el de la utilidad de la pena y la eficacia de la investigación penal con el consecuente descongestionamiento de los despachos judiciales” (p. 23).

Igualmente, aclaran los autores (Ángel, et al., 2007) que, “el sistema creado en Colombia no solo exige la precisión de las causales frente a las que opera la aplicación del Principio de Oportunidad, sino que cada causal debe aparecer desde el marco legislativo descrito en forma clara y concisa, para impedir que se generen ambigüedades o indeterminaciones en su aplicación a casos concretos. (...) No obstante, ese grado de determinación que evita la aplicación de un sistema de discrecionalidad absoluta, el legislador le concedió al Fiscal un cierto espacio de libertad para adecuar cada causal a los casos del mundo real, se trata del llamado “sistema virtual” caracterizado por fijar hipótesis o cláusulas de índole general, impersonal y abstracta dejándole al funcionario judicial, en este caso al fiscal, un margen que permita adecuar o subsumir en el marco abstracto de la causal situaciones puntuales de la vida cotidiana” (p. 25).

Y es que

Aun, cuando la norma legal sea clara y precisa en grado sumo, la infinita posibilidad de circunstancias que rodean las conductas humanas regulables resulta imposible de prever en fórmulas legales generales, impersonales y

abstractas. Dicho de otro modo, la necesaria generalidad y abstracción de la ley, incluso cuando ella es clara y precisa en la descripción de las circunstancias en que es llamada a operar, exige lógicamente reconocer cierto grado de discrecionalidad al operador jurídico llamado a aplicarla (Ángel, et al., 2007, (p. 26)

Así mismo, se tiene que la figura estudiada es de aplicación exclusiva y excluyente, lo que implica que la iniciativa de aplicar o no el Principio de Oportunidad en casos concretos resulta ser de la Fiscalía General de la Nación y no de las partes que coinciden en un proceso penal, y si alguna de las partes del proceso penal, esto es, Defensor, Agente del Ministerio Público y/o el imputado solicitan al ente judicial su aplicación, se entenderá que no se trata de una obligación de la entidad ni de un derecho del implicado, por lo que el Fiscal podrá o no, entrar a estudiar dicha petición dentro del marco de la política criminal del Estado.

Se debe tener en cuenta que para que proceda la renuncia, la suspensión o la interrupción del ejercicio de la acción penal debe existir un mínimo de prueba que permita demostrar que la conducta existió, que es típica y antijurídica, y que existiendo culpabilidad, a la luz del artículo 9 del Código Penal, se puede demostrar que el imputado es el sujeto activo del delito. Lo anterior, diferencia al Principio de Oportunidad de otras figuras jurídico penales, tales como la Preclusión² y el archivo de las diligencias³; figuras con las cuales suelen confundirla.

No obstante lo anterior, existen estadísticas que permiten inferir que “el papel cumplido por el instrumento de oportunidad frente a los propósitos con que se

² Artículo 331 del CPP, En cualquier momento, el fiscal solicitará al Juez de conocimiento la Preclusión, si no existiere mérito para acusar” (Arboleda, 2013).

³ “Artículo 79 del CPP, Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito o indiquen su posible como tal, dispondrá el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos materiales probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.

estableció, no ha sido significativo” (Corporación Excelencia en la Justicia, 2013), pues, “de las noticias criminales evacuadas en 2010, tan sólo el 0,3% fueron objeto de aplicación del principio de oportunidad; de hecho, desde que entró en vigencia el sistema penal acusatorio se ha aplicado este principio en 15.000 del total de 1.300.000 noticias criminales que ingresan anualmente a la Fiscalía General de la Nación, lo que equivale al menos del 1.5% del total de casos. De acuerdo con la Corporación de Excelencia a la Justicia, a Diciembre de 2012, este principio se había aplicado en 15.024 oportunidades” (p. 29).

En concepto de la Corporación de Excelencia a la Justicia (2013):

Aunque parte de esta situación tiene su explicación en las restricciones que ha impuesto la Corte Constitucional -que en diversos fallos ha reiterado el carácter excepcional del principio de oportunidad respecto del principio de legalidad- así como en el letargo cultural que ha impedido adoptar algunas figuras propias del nuevo sistema, lo cierto es que también existen impedimentos de orden legal y reglamentario, entre los que se cuentan la dispersión y la falta de claridad de las causales y las restringidas competencias al interior de la FGN para su aplicación (p. 38).

Es por ello que, para desarrollar el presente trabajo se ha considerado prudente tener en cuenta las anteriores generalidades, mismas que serán relacionadas en los capítulos siguientes.

2.3 Aplicación del Principio de Oportunidad en los procesos penales adelantados por delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales.

El esquema básico del proceso penal trajo una reforma con la cual se asumió un nuevo sistema procesal penal en Colombia, prescrito al tenor de la Ley 906 de 2004, el cual, como primera medida, trajo etapas independientes en el proceso penal y mayores garantías en cada una de esas etapas; una etapa de investigación preliminar o de

indagación en la cual el ente acusador y el sujeto o los sujetos implicados son enterados de la existencia de un proceso en su contra, el cual cuenta con un espacio prudencial de tiempo (señalado en la Ley), en el que, además de recolectarse los elementos materiales probatorios necesarios para establecer la materialidad del asunto y la participación de esos indiciados, le sirve a estos para prepararse ante un eventual juicio, mismo que, igualmente, se efectuará en un lapso de tiempo taxativo, a menos que exista una terminación anormal del proceso conforme la aceptación de los cargos por parte de los imputados, se llegue a acuerdos procesales o se aplique el Principio de Oportunidad.

Posteriormente, se presenta una segunda etapa de interlocución o encuentro; en ésta, los antagonistas del debate (acusador-acusado) ya con una planificación dirigida y con un acervo probatorio definido, comparecen ante el juez con la intención de comunicar los cargos a los implicados y acercar al funcionario a la cuestión penal materia de investigación, definiendo en este trance la dinámica a desarrollar en el proceso penal, hasta la audiencia de juicio oral, en caso de no aceptación de los cargos imputados. Las partes destapan sus cartas probatorias, se precisa cuál de estas pruebas posee aptitud legal y pertinencia como para ser introducida a juicio, qué asuntos no serán materia de discusión por ser aceptados por las partes y no existir contradicción frente a ellos, a su vez que se otorgan las últimas oportunidades para que los acusados voluntariamente acepten su responsabilidad respecto de las conductas reprochables que se les imputan o alcancen un acuerdo con el ente acusador.

Para finalizar, la etapa de juicio oral; la cual consiste en la intervención última del juez de conocimiento en la que se practican las pruebas, se ejerce el derecho de contradicción y se exhiben las razones alegatorias de las partes. Una vez superadas las fases anteriores, a menos que se haya dado lugar a alguna forma de terminación anticipada, el Juez proferirá sentencia.

En este orden de ideas, con un esquema básico y con un amplio margen de acción para que el ente acusador pudiera negociar y preacordar, además de dar aplicación al Principio de Oportunidad, se inició, en Enero de 2005, en ciertos distritos

judiciales, entre ellos el Departamento de Caldas como pionero, este nuevo sistema procesal penal.

Dentro de dicho procedimiento penal, avalado por la Carta Magna, aparece como nueva figura el criterio de terminación anticipada al cual se refiere el presente trabajo, mismo que se encuentra definido en el Artículo 1° de la Ley 1312 de 2009, el cual modifica el artículo 323 de la Ley 906 de 2004, como:

La facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido al control de legalidad ante el Juez de Garantías (Congreso de la República, 2009)

Ahora bien, el Principio de Oportunidad, como herramienta constitucional, cuenta con 17 causales taxativas mediante las cuales la Fiscalía General de la Nación puede dejar de un lado su obligación de perseguir a los autores y partícipes de las conductas tipificadas como delitos; dichas causales se encuentran relacionadas en el artículo 324 del Código de procedimiento Penal; sin embargo, para este estudio se analizarán las consagradas en los numerales 7 y 13, mismas que pueden llegar a ser aplicadas en los procesos que se adelantan por delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, así:

El Principio de Oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

Numeral 7. “Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la Justicia restaurativa y como consecuencia de éste se cumpla con las condiciones impuestas” (Arboleda, 2013).

Con este numeral, se puede observar que el querer del legislador fue incluir a la Justicia Restaurativa como una opción que permite al implicado, responsable de la conducta punible, obtener la oportunidad de reparar y restaurar el perjuicio ocasionado a la víctima. En consonancia con ello, la Corte Constitucional en la referida sentencia C 979 de 2005 presenta parámetros internacionales para la aplicación de la justicia restaurativa, que en buena parte coinciden con las reglas consagradas en el Artículo 519 del Código de Procedimiento Penal y que deben ser tenidos en cuenta por el Fiscal durante el trámite penal en lo que atañe a la aplicación del Principio de Oportunidad” (Ángel, et al., 2007).

En este orden de ideas, al verificar si ha ocurrido un acuerdo restaurativo en los términos del Artículo 518 y los conceptos doctrinarios y jurisprudenciales citados, el Fiscal debe tener en cuenta que este tipo de soluciones van más allá de la indemnización de los perjuicios, aunque en ocasiones ello sea suficiente para que las partes den por superado el conflicto (Ángel, et al., 2007, p. 124).

En este sentido, la Corte Constitucional señaló que “son formas de restauración en el ámbito internacional”:

- “La restitución, que se realiza a través de acciones orientadas a devolver, en la medida de lo posible, a la víctima a la situación que se encontraba antes de ser afectada por el ilícito, tiene un alcance que trasciende lo meramente pecuniario en cuanto atañe al restablecimiento de todos sus derechos que le permitan continuar con una vida normal en su entorno social, familiar, de ciudadanía, laboral y económico”.

- “La indemnización, se identifica con las medidas orientadas a lograr el resarcimiento de los daños generados por el ilícito y que sean cuantificables económicamente (daños físico y mental; la pérdida de oportunidades de desarrollo; los daños materiales y la pérdida de ingresos incluido el lucro cesante; el daño a la reputación o a la dignidad y las disminuciones patrimoniales)”.

- “La rehabilitación, corresponde al conjunto de acciones que se orientan a proporcionar a la víctima la atención y asistencia que requiera desde el punto de vista médico, psicológico, social y jurídico”.

- “La satisfacción y las garantías de no repetición, atañen a aquellas acciones dirigidas, de una parte a deshacer el agravio inferido a la víctima, y de otra, a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectaron sus derechos, las cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa” (Corte Constitucional, Sentencia C 979, 2005).

Lo anterior, de la mano de la posibilidad de imponer, dentro de dichas alternativas al conflicto suscitado, las obligaciones que trae el artículo 326⁴ del mismo Código de Procedimiento Penal, concordante ello con la etapa de suspensión de la acción penal para la aplicación del Principio de Oportunidad; obligaciones que deben estar orientadas a cumplir las finalidades de rehabilitación, restitución e indemnización, así como garantizar la no repetición de la conducta, afectando los derechos del imputado o acusado y buscando rescatar los derechos de las víctimas. En todo caso, la participación de la víctima resulta de gran importancia, por lo que, en este caso, la representación de la víctima, en el caso de los delitos ambientales, estaría en las entidades encargadas de la protección del medio ambiente y los recursos naturales.

Igualmente, el numeral 13 del referido artículo 324 del CPP, establece que procederá la aplicación del Principio de Oportunidad “Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse” (Arboleda, 2013, p. 485).

⁴ Artículo 326 Código Penal. *Condiciones a cumplir durante el período de prueba*. Modificado por el art. 4, Ley 1312 de 2009 El fiscal fijará el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado, entre las siguientes (...) Durante el período de prueba el imputado deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad. Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal ordenará el archivo definitivo de la actuación (Ley 906 de 2004).

En este caso, se entiende que “para dar aplicación de la causal 13, el Fiscal debe establecer en cada caso concreto por qué considera que la afectación al bien jurídico ha sido mínima. Aunque dicho análisis dependerá de las especificidades de cada asunto, pueden tenerse en cuenta los siguientes:

(...) es indispensable que existan evidencias que den cuenta de la ocurrencia de una conducta punible, (...) debe considerarse el tipo de bien jurídico de que se trate y la finalidad que se pretende con su protección, (...) Además, se tendrá en cuenta lo que en la doctrina se ha denominado efecto acumulativo, pues el mismo permite explicar por qué conductas, que aisladamente no afectan el bien jurídico, pueden ser sancionadas penalmente; se trata de conductas que individualmente consideradas pueden catalogarse como bagatelares, pero que ante la eventualidad de que otras personas hagan lo mismo - realicen conductas semejantes- adquieren trascendencia penal (Ángel, et al., 2007, p. 179).

Ahora bien,

cuando se trata de afectaciones concretas a bienes colectivos como el medio ambiente, es posible que el daño se radique en una comunidad en particular (como cuando se contaminan las aguas y se afecta la pesca, actividad de la que derivan su subsistencia un grupo considerable de personas), la indemnización integral puede hacerse en dos sentidos: en primer lugar, en el proceso de descontaminación y/o en la realización de actividades que contribuyan al mejoramiento del medio ambiente. Además, debe procurarse el resarcimiento del daño de las personas directamente afectadas. Cuando se trata de la lesión a bienes jurídicos colectivos y el daño no se radica en una o varias personas en particular, es posible lograr la indemnización integral a través de actividades que contribuyan al mejoramiento o promoción del bien jurídico afectado. Por ejemplo, cuando se trata de daños al medio ambiente (como la quema de un bosque de reserva), que no afecta a una comunidad en particular, la

indemnización puede hacerse a través de actividades orientadas a reparar el daño, lo que puede lograrse con la colaboración de entidades especializadas como la CAR, Resnatur y las Umatas y el Instituto Colombiano de Agricultura, entre otras y, de considerarse necesario, con la intervención del Ministerio Público (Ángel, et al., 2007, p. 183).

En cuanto a la garantía de no repetición, se tiene que es uno de los requisitos de la causal 13, pues,

ella puede inferirse de las consecuencias negativas que de la conducta se hayan derivado para el autor. En efecto, cuando una persona ha realizado por primera vez un atentado contra un bien colectivo (con afectación mínima), y se ha visto avocada a afrontar el proceso penal y, además, ha tenido que indemnizar integralmente los perjuicios ocasionados, es factible concluir que no reincidirá en su comportamiento, valoraciones que tendrán que hacerse caso a caso (...). Cuando la garantía de no repetición no pueda inferirse con claridad de las circunstancias que rodean la conducta punible, o de las consecuencias negativas que sufre el autor a causa de su conducta, podría acudir a la aplicación del Principio de Oportunidad en la modalidad de suspensión, para hacer en ese interregno las verificaciones que resulten necesarias en pro del cumplimiento de este requisito (Ángel, et al., 2007, p. 184).

Respecto a las modalidades en las cuales se pueden presentar las causales antes relacionadas, y por ende la aplicación del Principio de Oportunidad, se tiene que, según la Corte Constitucional en su sentencia C979 de 2005,

en ejercicio de la discrecionalidad reglada que la constitución, asigna al fiscal en materia de Principio de Oportunidad, le impone no solamente una evaluación acerca de la aplicación de alguna de las causales legales para que opere este mecanismo, sino que deberá determinar las consecuencias de la aplicación de este principio: la interrupción, la suspensión o la renuncia de la acción, a la vez que habrá de constatar el respeto por las garantías del investigado. Son por ende tres supuestos, expresiones del principio de

oportunidad con alcances distintos en cuanto que respecto de los dos primeros la fiscalía, excepcionando su deber general de investigación, cesa transitoriamente en el ejercicio de la acción penal con la posibilidad de su reanudación, en tanto que el último de los supuestos comporta la extinción de la acción penal. En los tres eventos se presenta una cesación, autorizada por la ley, de la acción penal, ya sea de carácter transitorio o precario, ya de carácter definitivo, y sometida en todos los eventos al control jurisdiccional de legalidad (Corte Constitucional, Sentencia C 979, 2005).

En cuanto al proceso penal, el Fiscal conoce el caso a partir de los elementos materiales probatorios recaudados. Posteriormente, formula la imputación y, establecida la real participación del imputado, estudia las causales para iniciar con el trámite que corresponde al interior de la Fiscalía General de la Nación, pues, la aplicación del Principio de Oportunidad no solo procede por la ocurrencia de la conducta sino que se requiere que esa conducta se enmarque en una de las causales que define el mismo código en su artículo 324, conforme la información que legalmente se obtenga y de los elementos materiales probatorios que recaude. Igualmente, se debe tener certeza de la autoría o participación del sujeto activo de la conducta y se debe dar participación a la víctima, buscando con ello reconocer el “Principio de Verdad” al cual se refiere la Corte Constitucional (Sentencia C-209, 2007).

Adelantado ello, se debe consultar al Equipo de Principio de Oportunidad de la Fiscalía General de la Nación, con sede en Bogotá, si el imputado se encuentra relacionado como beneficiario de esta figura en anteriores oportunidades, toda vez que, en caso positivo, será relevante al momento de estudiar una nueva aplicación (Ángel, et al., 2007).

En el caso de los delitos contra el Medio Ambiente y Los Recursos Naturales, siendo delitos cuya pena superan los seis años de prisión, la aplicación del Principio de Oportunidad, conforme lo establecido en el párrafo segundo del artículo 324 del

Código de procedimiento Penal y las resoluciones 6657 y 6658 del 2004⁵ y 3884 de 2009⁶ de la Fiscalía General de la Nación, le corresponde adelantarla al Fiscal General de la Nación o su delegado, quien será el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial donde ocurra el hecho. Para tal fin, el Fiscal de conocimiento debe realizar una orden de aplicación de la figura, y presentarla ante el Fiscal Delegado ante el Tribunal, en la cual fundamente las razones de dicha aplicación y los datos generales del proceso que se adelanta, así como la modalidad en la cual se aplicará el criterio de terminación anticipada, esto es, interrupción o suspensión, para después relacionar las obligaciones que le fueron impuestas al imputado o acusado y su cumplimiento, el tiempo que dura la interrupción o suspensión y las razones de su fundamento.

En virtud del artículo 3 de la Ley 1312 de 2009, la presentación de un plan de reparación del daño por parte del imputado también puede entrar a ser estudiado y/o modificado por el Fiscal y ocasionar la suspensión del proceso; en tal caso, el funcionario judicial que adelanta el proceso deberá consultar con la víctima la propuesta realizada y definir las condiciones de la suspensión. En esta etapa el fiscal puede modificar los términos de la propuesta que el acusado haya presentado. El hecho de que el implicado haga esta propuesta, sea la misma aceptada o no, no implica su aceptación de responsabilidad por los delitos que le son imputados, es decir, esta situación no puede ser usada en el juicio como prueba en contra del mismo.

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones impuestas al imputado o acusado, dentro de la modalidad de suspensión del procedimiento a prueba, en los procesos que se adelantan por delitos cometidos contra el Medio Ambiente y Los Recursos Naturales, resulta claro que deben ser aquellas obligaciones orientadas a cumplir las finalidades de rehabilitación, restitución e indemnización, así como garantizar la no repetición de la conducta. Dichas obligaciones, representadas en los literales C, G, H, J, K y M del artículo 326 del Código de Procedimiento Penal, resultan concordantes con los

⁵ Por las cuales se reglamenta la aplicación del Principio de Oportunidad.

⁶ Por medio de la cual se modifican y adicionan las resoluciones 0-6657 y 0-6658 del 30 de diciembre de 2004.

principios universales ambientales, entre otros, el principio de Precaución y el Contaminador Pagador contenidos en el derecho ambiental, los cuales aplican en Colombia mediante el artículo 1 de la Ley 99 de 1993; norma que regula la política ambiental Colombiana y acoge dichos principios universales en materia ambiental contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Igualmente, concordantes con las diferentes normas ambientales que existen en Colombia, tal y como se relacionarán en los capítulos siguientes.

Posteriormente, dicha orden, avalada por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, debe ser llevada ante el Juez de Garantías que corresponda por reparto, mismo ante quien, el Fiscal de Conocimiento, debe fundamentar y sustentar los argumentos que lo llevaron a proponer dicha figura; el primero, en audiencia, revisará lo solicitado por el ente acusador y determinará si procede o no la extinción de la acción penal para finalizar dando su veredicto de aceptación o rechazo a la figura.

2.4 De los daños al medio ambiente y los recursos naturales

Para que la intervención penal proceda, se requiere establecer la existencia de daño ambiental y la responsabilidad de ese daño en cabeza del implicado; así, para que proceda la aplicación del Principio de Oportunidad, como requisito esencial y necesario se debe presentar la materialidad del asunto delictivo y la inferencia razonable de que el imputado vinculado, es el autor del delito cometido.

A partir de allí, se da reconocimiento y preponderancia al concepto emitido por la autoridad ambiental, pues, es quien determina la materialidad del asunto; esto es, la existencia de daño real y las consecuencias del mismo a futuro.

Ahora bien, el concepto de daño conforme lo establece Peña (2005. p. 6) “(...) en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su

conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesitura no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Actualmente el daño se clasifica en patrimonial y extrapatrimonial. El primero es aquel que recae sobre bienes susceptibles de valoración económica, sean corporales o incorporales, o bien aquellos que no poseen una naturaleza patrimonial como la vida, la salud; caso contrario, el daño de tipo extrapatrimonial o moral es aquel que no conduce a una disminución del patrimonio por recaer en bienes fundamentales que no pueden ser valorados de una perspectiva pecuniaria, pero cuya única forma de reparación consiste en el resarcimiento económico, donde se incluyen las lesiones los derechos de la personalidad, a derechos fundamentales individuales o colectivos, así como el sufrimiento y molestias derivadas de tales afectaciones”. Peña, M (2005. p. 6)

Igualmente, según González, R (2001) el daño ambiental “es toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente”

Para cierto sector de la doctrina, el concepto de daño implica la “contaminación ambiental” en toda su extensión, misma que comprende la degradación de los elementos naturales o culturales integrantes del ambiente considerados aislada o individualmente, o de manera colectiva o en conjunto y, la contaminación, como concepto, resulta importante porque supera la tradicional visión del daño ambiental como daño a las personas y enfoca directamente al ambiente como bien jurídico objeto de tutela⁷.

Ahora, se debe aclarar que no toda contaminación es “daño grave e irreversible”⁸, pues toda actividad humana por sencilla que sea, produce contaminación;

⁷ Jouvenel, plantea la distinción entre “daño” y “Contaminación”. En cuanto al primero, considera que denota “[...] un juicio subjetivo, inspirado por una molestia sentida, y que se traduce por una calificación desfavorable a aquello que se reconoce como de molestia”. En tanto que la contaminación “[...] denota un cambio objetivo en el medio físico, cambio mensurable en unidades físicas”. (Jouvenel, 1977, pp. 154-157)

⁸ La gravedad del daño equivale a la intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. Daño irreversible: atendiendo el concepto literal de la palabra irreversible

de hecho al inhalar y exhalar oxígeno (respirar) se está produciendo contaminación ambiental, aunque la misma vida natural tolere algunos daños; por tal razón se requiere de unos límites permisibles o tolerables.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 254 de Julio de 1993 establece que

“hay que concluir que la contaminación dentro de ciertos rangos es una realidad, pues resulta ingenuo condicionar las actividades humanas a un impacto ambiental cero – aun cuando las actuaciones de los sujetos públicos o y privados involucrados en la preservación ambiental debe necesariamente atender a ello – pues en general, la acción del hombre en el campo de sus actividades industriales y comerciales, incorporan de alguna manera elementos extraños y nocivos al ambiente (...) La autoridad ambiental, debe admitir el ejercicio de una actividad económica legítima cuando su ejercicio no comprometa los límites tolerables de la contaminación, pues si los excede, el bien común exigirá que restrinja o se prohíba al particular el ejercicio de su actividad (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T 254 de julio de 1993)

De otra parte, “como el concepto de contaminación en la nueva ley es meramente normativo, resulta indispensable remitirse al Decreto 2811 de 1974 (Código de los Recursos Naturales Renovables) que en su artículo 8º relaciona claramente cuáles son algunos de los factores que deterioran el ambiente y que sin duda recoge los comportamientos que aquí fueron objeto de censura”. (Corte Suprema de Justicia, 2000)

Ahora, toda contaminación produce daño, pero no todo daño genera responsabilidad, pues existen daños lícitos que son aquellos permitidos por la ley cuando se ha impactado negativamente al ambiente, previo el cumplimiento de unos

significa: “que no puede ser repetido inverso”. El daño grave e irreversible es aquel impacto negativo en el ambiente que no es susceptible enmendado ni atenuado. (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2003)

requisitos, “permiso o licencia ambiental y respeto a los límites tolerables”.⁹ Al entender que todo daño ambiental es producto de un fenómeno de contaminación pero que no toda contaminación produce daño, opera el concepto de “límites permisibles” que son aquellos hasta los cuales puede tolerarse la contaminación, sin que se genere daño ambiental.

Una vez se superan esos límites tolerables se entra en el terreno de aplicación del principio quien contamina paga, así como el de las sanciones administrativas y penales. Por otra parte, de acuerdo con la teoría clásica del daño, uno de los requisitos para su existencia, es el carácter cierto¹⁰, presupuesto que exige el acaecimiento del daño, esto es, que no se presente duda alguna sobre su ocurrencia; situación que es de recibo en el derecho penal, pues, se requiere de la existencia del daño para tipificar la conducta a aplicar, a la luz del Código Penal, tal y como se relacionó anteriormente.

El daño ambiental también se torna difuso por la dificultad que entraña identificar a los agentes que lo causan, al igual que determinar los sujetos que se encuentran legitimados para instaurar acciones judiciales o administrativas ante los órganos competentes, así como aquellos a los que puede alcanzar una posible indemnización¹¹. Se considera que el daño ambiental es difuso no solamente por la dificultad que supone la identificación de los agentes que lo causan, sino también por la

⁹ González Villa establece que “Quien hace uso de los recursos naturales renovables, tiene que hacerlo dentro de los límites tolerables, de manera que no se dé el fenómeno de la contaminación, y se ajuste a las condiciones que le impongan las autoridades ambientales cuando le otorguen un permiso de uso de dicho recurso. (González Villa, 2001, pp. 59-74)

¹⁰ Cuando se habla de certeza, se está indicando que a la luz de la responsabilidad civil requiere sine quantum, la existencia del daño, o que por lo menos el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual no se contraponen al daño pasado o futuro (Consejo de Estado, 1975)

¹¹ Sobre este aspecto, el artículo 86 del Constitución Política de Colombia establece un criterio de legitimación sumamente amplio en donde, toda persona se encuentra legitimada para denunciar los actos que infrinjan derecho a gozar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como para reclamar la reparación del daño causado como es el caso de las acciones populares y ratificado por la ley 472 de 1998.

determinación de los sujetos legitimados para establecer la denuncia administrativa o judicial correspondiente y por la determinación de los sujetos a quienes puede en determinado momento corresponder una posible indemnización.

El interés difuso del daño deviene de la colectividad; viven porque siempre están unidos, es plural y no acepta una individualización de la persona, además la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los componentes de la sociedad. El carácter difuso se predica en cuanto a la violación, toda vez que afecta a todas las personas aunque no es posible determinar específicamente a quienes. En contraste, los derechos colectivos tienden a referirse a grupos más específicos.

Por otro parte, el daño ambiental puede llegar a ser expansivo, en el tanto su hecho generador crea efectos de tipo negativo, y en ocasiones estos llegan a convertirse en nuevas causas generadoras de otro tipo de daños, ocasionándose por tanto, una cadena que a la postre, podría llegar a ser interminable, afectando de esta forma una multiplicidad de recursos (González, 2001). Estas características hacen que el daño ambiental sea una preocupación que supera las fronteras geográficas del sitio en donde inicialmente se originó. Su potencial expansión en el tiempo hace que el daño ambiental también sea objeto de preocupación no solo por los efectos en las generaciones que convivieron en el momento en que se causó, sino en las generaciones que vengan después de éstas. (Stiglitz, 1985)

Ahora, a la humanidad le resulta inherente cargar con “la responsabilidad”, que en palabras de García (2009, p. 4), es “la obligación de indemnizar los daños que la persona le cause a otra”. Según Munévar (2014, p. 86), la responsabilidad en materia ambiental está asociada al deber de indemnizar a la víctima de un daño ambiental. Alcance y determinación que ha sido cubierto por el régimen de la responsabilidad civil, pero al analizar cada uno de los elementos de la responsabilidad, dicho alcance desborda la comprensión de la dimensión ambiental, dejando al descubierto los vacíos existentes en materia de su responsabilidad”.

Dicho régimen de responsabilidad civil, el cual, como señala Mesa (2011, p. 39), solo hace valer intereses presentes, excluyendo el derecho de las generaciones futuras, denominando el derecho de reclamación como “una especie de lotería en la que sólo unos pocos ganan”.

Entonces, resulta importante establecer que, tanto para el derecho penal como para el derecho ambiental, el concepto de restauración trae sus limitantes, en tanto el daño por el cual pretenden adelantarse las acciones jurídicas termina siendo de tipo extrapatrimonial o moral; de esos que no pueden ser valorados bajo un aspecto económico, pero que para ser reparados se requiere como única forma el resarcimiento económico. Ello, desde la óptica de los derechos colectivos, en tanto el derecho al medio ambiente resulta ser de éstos; pero también, desde la complejidad que traen inmersa los ecosistemas ambientales a la hora de restaurar los efectos expansivos que el daño les ocasiona en el tiempo.

3 LA FUNCIÓN PREVENTIVA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO AMBIENTAL

El derecho penal tiene como prioridad la persecución de conductas punibles, conforme las teorías clásicas que buscan que el statu quo se mantenga inalienable bajo la persecución penal y su sanción drástica; sin embargo, lo que pareciera la crisis del principio de legalidad en la persecución del delito, lleva al nuevo sistema penal a una búsqueda de herramientas que, de la mano del carácter fragmentario y de ultima ratio, permitan encontrar solución a los problemas sociales a un menor costo.

Dentro del campo de acción de derecho penal, existe, entre otras que se relacionarán más adelante, la posibilidad de acudir al Principio de Oportunidad, el cual ofrece al imputado la opción de comprometerse con obligaciones en el periodo de suspensión del proceso, mismas que cuentan con dicho carácter preventivo.

Entre tanto, el derecho ambiental hace lo propio a través de las diferentes normas y de los principios ambientales de carácter internacional, tales como el principio de precaución, de prevención y contaminador pagador, entre otros, a los cuales se ha hecho mención con anterioridad.

3.3 La función preventiva en el derecho ambiental

La doctrina distingue entre el principio de prevención y el de precaución; sin embargo, de acuerdo con Lora (2011), “el principio de precaución es mucho más exigente para los agentes y proteccionista del medio ambiente, ya que a través del mismo se protege al medio ambiente de peligros desconocidos e inciertos. En cambio, el principio de prevención procura proteger de peligros conocidos y ciertos” (p. 24). Al respecto Santana (2013), resalta el carácter diferenciador entre uno y otro principio:

La gran diferencia entre uno y otro concepto se encuentra esencialmente en su significado en sentido estricto (...), según el cual precaución implica una reacción tendiente a evadir dificultades o daños, mientras que la prevención es una preparación para la evitación de un riesgo (...) Ahora es claro, que el elemento diferenciador entre ambos conceptos es la certeza científica. Para prevenir es necesario saber con algún grado de conocimiento cuál es el verdadero peligro que se enfrenta y las consecuencias que este acarrea. Mientras tanto precaver implica realizar planes frente a lo desconocido: pese a que existen probabilidades u opciones no se tiene una noción clara de qué es lo que realmente puede llegar a ocurrir (p. 18).

El Principio de Prevención se fundamenta en la debida diligencia, “en el deber de vigilancia y adopción de previsiones en relación con los bienes y personas bajo su control, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, los objetos, elementos o actividades riesgosas no causen perjuicios a terceros” (Drnas, 2000, p. 256). A su vez, el principio de precaución “se basa en el buen gobierno, gestión que se adelanta criteriosamente a los hechos, la que ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa, prefiere limitarla (aun equivocándose), privilegiando las seguridades (en el caso ambiental, la preservación del medio ambiente). El primero se basa en certeza científica de daño previsible que se pueden prever. El segundo, tiene como característica todo lo contrario, no existe certeza científica de los daños posibles, ya por insuficiencia o imposibilidad técnica de determinarlos y bajo la incertidumbre de estos resultados, compete a la autoridad, al juez o particular aplicar dicho principio” (Drnas, 2000, p. 256).

Al respecto, el artículo 1, de la Ley 99 de 1993, numeral 6 establece:

La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica

absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

Entonces, “el Principio de Precaución funciona cuando todavía no se ha logrado comprobar plenamente la relación causal entre una determinada tecnología, y el daño por el cual se teme, lo que permite diferenciarlo del principio de prevención, cuya aplicación supone que ya se conoce bien la peligrosidad de la cosa o de la actividad, por lo que lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto” (Lora, 2011). Es por ello que la prevención hace referencia a un riesgo actual, mientras que se habla de precaución cuando se enfrenta un riesgo potencial y de carácter irreversible.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

El previo conocimiento que caracteriza al principio de prevención no está presente en el caso del principio de precaución o de cautela, pues tratándose de éste el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual por ejemplo, tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos (Corte Constitucional, Sentencia C-703, 2010).

No obstante, “uno de los aspectos más polémicos del principio de precaución tiene que ver con el grado de discreción interpretativa y de decisión que implica su aplicación por parte de las autoridades estatales locales” (Santana, 2013, p. 17). Esta discreción interpretativa se refiere a que precisamente la Corte Constitucional ha dado como definición del principio de precaución a un criterio hermenéutico que debe obedecer a ciertos elementos¹² y algunos principios como el de “proporcionalidad”¹³ e

¹² Algunos de ellos mencionados en la Sentencia T 299 de 2008: (i) que exista el peligro de la ocurrencia de un daño;(ii) que éste sea irreversible; (iii) que exista un principio de certeza sobre el peligro, así no

“in dubio por ambiente” citados en la Sentencia T 299 de 2008. Sobre el primero señala la Corte:

(...) la adopción de medidas, debe inscribirse en el marco del principio de proporcionalidad. Es decir, las decisiones deben ser idóneas para la protección del medio ambiente y la salud; necesarias, en el sentido de que no se disponga de medidas que causen una menor interferencia; y los beneficios obtenidos de su aplicación, deben superar los costos (constitucionales) de la intervención.

A su vez, sobre el principio “in dubio pro ambiente”, la misma sentencia señala¹⁴:

Para el asunto que nos ocupa, esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada, la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias.

Pese al carácter distintivo entre uno y otro principio, es claro que los dos principios obedecen a un criterio teleológico o finalista de protección ambiental que en palabras de Rojas (2004) “conllevan a obligaciones tales como llevar a cabo evaluaciones de impacto ambiental, la gestión racional y eficaz de los recursos naturales, la necesidad de obtener autorización previa por parte del Gobierno del Estado donde van a realizarse las actividades de riesgo (...)” (p. 173), entre otras.

exista una prueba absoluta del mismo; (iv) que la decisión que la autoridad adopte se encamine a impedir la degradación del medio ambiente.

¹³ También conocido por algún sector de la doctrina como “costo efectividad”. Al respecto, Ovalle y Castro (2012, p. 63), establecen: “*la aplicación de la proporcionalidad de la respuesta está enfocada a mostrar la necesidad de un examen permanente de las ganancias sociales y ambientales identificables que surgen de la línea de acción tomada y que justifica los costos*”.

¹⁴ Referencia citada en la Sentencia T-299 de 2008 de la Sentencia C-339 de 2002.

Así, existen dentro del derecho ambiental elementos que claramente cumplen funciones preventivas; por ejemplo pueden señalarse las que establecen la obligatoriedad de que las instituciones médicas sometan sus desechos a unos procedimientos de manejo y disposición final que prevenga la contaminación ambiental. Los decretos y resoluciones reglamentarias de las leyes en materia Tributaria son el Decreto 2532 de 2001¹⁵, el Decreto 3172 de 2003¹⁶ y la Resolución número 0978 de 2007¹⁷

A su vez, el Estatuto Tributario en relación con los bienes e importaciones que no causan el IVA incluye el Artículo 424-5¹⁸ y el Artículo 428¹⁹. Así mismo el Artículo 158-2 establece beneficios tributarios al impuesto a la renta sobre aspectos ambientales²⁰. Otro decreto que tiene relación con el tema de la gestión ambiental en las empresas es el 1299 de 2008, emitido por el otrora Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y mediante el cual se reglamenta el Departamento de Gestión Ambiental de las empresas a nivel industrial.

En Colombia las políticas ambientales están a cargo del denominado Sistema Nacional Ambiental SINA, cuyo fin es *“estructurar un sistema coherente de acción en materia de medio ambiente, al unificar no sólo criterios, sino también las distintas entidades encargadas de funciones ambientales para evitar conflictos de competencia, vacíos e inconsistencias (...)”* Rojas (2004, p. 61), y la Ley 99 de 1993 establece que

¹⁵ Decreto 2532 de 2001 “Por el cual se reglamenta el numeral 4 del artículo 424-5 y el literal f) del artículo 428 del Estatuto Tributario”.

¹⁶ Decreto número 3172 de 2003. “Por medio del cual se reglamenta el artículo 158-2 del Estatuto Tributario, en relación con la deducción por inversiones en control y mejoramiento del medio ambiente.

¹⁷ “Por la cual se establece la forma y requisitos para presentar ante el MAVDT las solicitudes de acreditación para obtener la certificación con miras a obtener la exclusión de impuesto sobre las ventas correspondiente”.

¹⁸ “Bienes excluidos del impuesto. Quedan excluidos del impuesto sobre las ventas los siguientes bienes (...)”

¹⁹ “Importaciones que no causan impuesto (...)”.

²⁰ “Deducción por inversiones en control y mejoramiento del medio ambiente”

para todos los efectos, que la jerarquía en el Sistema Nacional Ambiental, SINA, sigue el orden descendente, así: Ministerio del Medio Ambiente, Corporaciones Autónomas Regionales, Departamentos y Distritos o municipios.

De acuerdo con el artículo 63 de la Ley 99 de 1993, “con el fin de asegurar el interés colectivo de un medio ambiente sano y adecuadamente protegido, y de garantizar el manejo armónico y la integridad del patrimonio natural de la nación, el ejercicio de las funciones en materia ambiental por parte de las entidades territoriales se sujetará a los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario”. El primero de ellos establece que “los Departamentos, los Distritos, los Municipios, los Territorios Indígenas, así como las regiones y provincias a las que la ley diere el carácter de entidades territoriales, ejercerán sus funciones constitucionales y legales relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, de manera coordinada y armónica, con sujeción a las normas de carácter superior y a las directrices de la Política Nacional Ambiental” (Artículo 63 de la Ley 99 de 1993); lo anterior para “garantizar un manejo unificado, racional y coherente de los recursos naturales que hacen parte del medio ambiente físico y biótico del patrimonio natural de la nación”.

A su vez el principio de graduación normativa definido en esta Ley señala que “las reglas que dicten las entidades territoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, respetarán el carácter superior y la preeminencia jerárquica de las normas dictadas por autoridades y entes de superior jerarquía o de mayor ámbito en la comprensión territorial de sus competencias”. En virtud de ese principio, las funciones atribuidas por la Constitución Política a los Departamentos, Municipios y Distritos con régimen constitucional especial, relacionadas con lo ambiental y de recursos naturales renovables, deberán sujetarse a la ley, los reglamentos y las políticas del Gobierno Nacional, el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales.

Por último, el principio de Rigor Subsidiario se refiere a que

las normas y medidas de policía ambiental, podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se descende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias. Estas normas incluyen aquellas que las autoridades medioambientales expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente, o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa (Artículo 63 de la Ley 99 de 1993).

Ahora bien, a nivel Constitucional, se encuentra que el carácter preventivo del derecho ambiental está regulado, entre otros artículos, en el 80 de dicha carta magna, mismo que impone al estado “el deber de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, así como prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas ubicadas en las zonas fronterizas” (Constitución Política de Colombia , 1991).

Igualmente, lo regula la Sentencia C-1143 de 2008 de la Corte Constitucional cuando indica que “la potestad reglamentaria le permite a los municipios la expedición de normas o acuerdos municipales sobre manejo de suelos y protección del patrimonio ecológico de los municipios, y la adecuación de las normas legales de carácter general a sus necesidades, singularidades y expectativas, sin desvirtuarlas, contradecirlas o desconocerlos”; sin embargo, ello no obsta para, de manera preventiva, hacer un estudio preliminar de los planes ambientales sustentados y soportados por las Corporaciones Autónomas Regionales, lo cual conlleva a un ejercicio simultáneo entre las administraciones y estos entes corporativos. Desde que se emitió la Ley 99 de 1993 el Legislativo había establecido como función de las Corporaciones Autónomas Regionales administrar las Reservas Forestales Nacionales, así como imponer y ejecutar

a prevención y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la ley a otras autoridades, las medidas de policía y las sanciones previstas en la ley, en caso de violación a las normas de protección ambiental y de manejo de recursos naturales renovables y exigir, con sujeción a las regulaciones pertinentes, la reparación de daños causados” (Corte Constitucional, 2008).

También lo hace la Ley 99 de 1993 en su título XIII, artículo 49, “cuando relaciona la obligatoriedad de la licencia ambiental en la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad que, de acuerdo con la Ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje. Igualmente, relaciona el concepto de licencia ambiental”²¹.

Entre tanto, la Ley 1333 de 2009, en su título III artículo 12, contempla medidas preventivas que “tienen por objeto prevenir o impedir la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana”.

Por otro lado, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL (2008), plantea que en el marco normativo y de política ambiental, para alcanzar las metas de mejoramiento de la calidad ambiental, Colombia aplica tanto instrumentos de comando y control (que incluyen las licencias ambientales, estudios de impacto ambiental y autorizaciones previas para actividades de riesgo²² e incentivos de carácter

²¹ “Artículo 50º.- *De la Licencia Ambiental.* Se entiende por Licencia Ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada”.

²² Sobre estas dos últimas medidas, Rojas (2004) ha establecido que tanto la evaluación del impacto ambiental como las autorizaciones previas para actividades de riesgo, constituyen acciones preventivas, cuyo objetivo “antes de iniciar una obra consiste en evitar que la realización de ésta –aun siendo

económico (incluyendo tasas, deducciones y exclusiones tributarias), como herramientas complementarias, así como estudios de impacto ambiental.

Los beneficios tributarios relacionados con la gestión e inversión ambientales que se otorgan en el país tienen básicamente la finalidad de promover los objetivos de tres bloques de política ambiental, como son la Política Nacional de Producción Más Limpia, los Lineamientos de Política para el Manejo Integral del Agua, y la Política para la Gestión Integral de Residuos (CEPAL, 2008).

A su vez, para el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente PNUMA (1996), la Producción más Limpia consiste en “la aplicación continua de una estrategia de prevención ambiental a los procesos y a los productos, orientada a reducir riesgos tanto para los seres humanos como para el medio ambiente. Cuando se refiere a servicios, la producción más limpia permite reducir el impacto ambiental del servicio durante todo el ciclo de vida, desde su diseño y uso de sistemas, hasta el consumo total de los recursos requeridos para su prestación”.

Todo lo anterior, resulta ser un gran reflejo de lo establecido en la Declaración de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río del año 1992, pues, han sido las normativas que convocan a todos los países del mundo para que protejan el medio ambiente. La declaración de Estocolmo surge de “la necesidad de un criterio y unos principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio humano” (Declaración de Estocolmo, s.f), proponiendo 26 principios, un plan de acción para el medio humano y recomendaciones para la acción en el plano internacional, siendo así el fundamento del Derecho Internacional Ambiental, mientras que la Declaración de Río de Janeiro de 1992 “busca reafirmar y desarrollar la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972)”, con el principal objetivo de “alcanzar el desarrollo sostenible, reconociendo el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en

conveniente desde el punto de vista económico o social- tenga luego consecuencias nefastas o catastróficas para el ambiente”.

armonía con la naturaleza” (Principio 1, Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible, 1992), así como implementar acciones que deberían ser adoptadas por los países en los campos legales, políticos y económicos, entre otros, como el social y el investigativo o científico.

Dichas normas ambientales internacionales, se han convertido en pilares fundamentales en las cuestiones ambientales, aunque sin fuerza vinculante para los países del mundo; sin embargo, los principios contenidos en ella resultan ser tan importantes que, en el caso Colombiano, mediante la Sentencia C 528 de 1994, la Corte Constitucional determinó que su aceptación en el torrente legislativo ambiental nacional, mediante el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, y conforme demanda de constitucionalidad impetrada contra el mismo, resultaba constitucional, al establecer que “los principios a los que se refiere la disposición acusada no son constitucionales o generales, ni fundadores del ordenamiento jurídico político, como podría entenderse inicialmente y como lo quiere entender el demandante al equipararlos al preámbulo de la Constitución; ni sirven para condicionar toda la organización del Estado, ni se predicen de todo el ordenamiento jurídico, sino que operan con la capacidad de ser orientadores de la conducta de los funcionarios encargados de adelantar el cumplimiento de las restantes partes de la Ley que establece. Se hace necesario reconocer la existencia de ordenamientos jurídicos parciales que funcionan de modo relativamente autónomo, dentro de la unidad y plenitud del sistema jurídico al que pertenecen; estas pautas de conducta también condicionan las actividades de los jueces en funciones de aplicación de la ley y de su interpretación, y en dicha medida son utilizados por el derecho contemporáneo, para abrir las capacidades de los operadores del derecho a soluciones que incorporan fundamentos de racionalidad jurídica y de razonabilidad práctica” (Corte Constitucional, Sentencia C 528, 1994).

Entonces, resultan ser constitucionales, no en razón a ser “un instrumento internacional, ni un documento que está abierto a la adhesión de los Estados o de los organismos internacionales o supranacionales, con el carácter de un instrumento internacional con fuerza vinculante” (Corte Constitucional, Sentencia C 528, 1994), sino

porque permiten ser aplicados en la búsqueda de soluciones a los problemas ambientales.

Es así como se puede observar que, tanto a nivel de Colombia como a nivel internacional, la legislación ambiental es amplia y bastante concreta en cuanto a la adopción de medidas de carácter preventivo.

3.4 La función preventiva en el derecho penal

El derecho penal clásico ha evolucionado en un nuevo derecho penal que ha aportado figuras jurídicas interesantes con las cuales busca cumplir su objetivo de protección de la sociedad. El derecho penal clásico, mediante su característica represora impide la comisión de las conductas punibles; sin embargo, el derecho penal también ejerce una función preventiva, la cual se evidencia al evitar la comisión de dichas conductas y de solucionar los conflictos que llegan a su conocimiento con fórmulas de acercamiento entre partes que garantizan la no repetición.

Dicho ello, se relacionan algunos elementos que nutren el presente acápite y rescatan la función preventiva en el derecho penal, así:

3.4.1 El nuevo derecho penal y las facultades de acercamiento entre partes

Tal y como se relacionó en la introducción de este capítulo, la crisis del principio de legalidad para la persecución del delito lleva al nuevo sistema penal a una búsqueda de herramientas que, de la mano del carácter fragmentario y de ultima ratio que se le concede al derecho penal, le permite a la jurisdicción encontrar solución a los problemas sociales que se presentan, evitando desgastes innecesarios a cambio de reparación e indemnización, así como de acercamiento entre partes.

El derecho penal, en su característica sancionadora, ha sido entendido como un conjunto de normas que regulan el control social. Dentro de este conjunto de normas se

ha estudiado a “la pena” como elemento esencial del mismo, pues, respecto a su función, ha sido analizada bajo las teorías tradicionales dentro de las cuales se encuentran las Teorías Absolutas (que se refieren a la retribución), las Relativas (que se refieren a la prevención especial y la prevención general) y la Teoría Unificadora Dialéctica de Claus Roxin, misma que, según Botero (2001/2002), “parte de la idea de retribución como base, a la que añaden el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales” (p. 205).

Sin embargo, según Botero (2001/2002), Cessare Beccaria considera que “sólo en casos excepcionales,” se “justifica la imposición de penas sin atender el carácter retributivo (...) y excluye la utilidad de la pena para castigar delitos quedados en el olvido o que prescribieron” (p. 209).

Por lo que, “para Beccaria, primero está la imposición de la pena, segundo la intimidación con ella a los demás y por último su ejecución; para Roxin primero se encuentran las conminaciones penales, segundo su imposición y medición y por último la ejecución. Así para Beccaria lo que intimida fundamentalmente es la pena, para Roxin es la ley” (Botero, 2001/2002, p. 210).

Así las cosas, éstas teorías podrían ser un punto de análisis frente al tema de la pena como una de aquellas figuras que busca, de la mano del carácter fragmentario y de ultima ratio que se le concede al derecho penal, la oportunidad de prevenir el acontecer delincencial y, en caso de adelantarse un proceso penal, llevar al imputado a una aceptación consciente de las consecuencias de su actuar; tal y como lo propone el Principio de Oportunidad, evitando la culminación del proceso penal con la imposición de un pena drástica, pero obrando conforme la obligación constitucional de investigar y perseguir los delitos que lleguen a su conocimiento; sin olvidar que dicha figura, según Bedoya, Guzmán & Vanegasa (2010), es “una alternativa al principio de legalidad, que involucra en su aplicación la política criminal del Estado, pues el aparato de justicia de cualquier lugar no alcanza develar todos los delitos que se cometen y denuncian, generándose de esta manera una creciente cifra de impunidad, frente a la cual las

políticas públicas deben adoptar mecanismos que propendan por su reducción, en pro de la convivencia pacífica” (p.6). Así, también, es una figura mediante la cual se administra justicia.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el nuevo paradigma del derecho penal, como característica principal, tiene la de contribuir al acercamiento entre las partes. Así, surgen instituciones como la Conciliación la cual aparece como un mecanismo alternativo que permite la solución de conflictos y que va más allá de la identificación y sanción de un culpable. De acuerdo con la Corte Constitucional, se trata de “una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada del conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal perteneciente a la rama judicial, la administración, y excepcionalmente de particulares” (Corte Constitucional, Sentencia C-160, 1999).

Tal y como se vio, el paradigma tradicional del derecho penal se enfocó de manera casi exclusiva en conseguir las pruebas necesarias para establecer que el acusado incurrió en una conducta penalmente tipificada como delito y, por lo tanto, debe recibir una pena, mientras que el acercamiento que propicia la nueva concepción del derecho penal puede considerarse, además, como una forma de crear las condiciones necesarias para remediar los conflictos. Esta forma de concebir el sistema penal cuenta con un objetivo perseguido que es la tasación del daño y el establecimiento de la responsabilidad, con miras a que la parte perjudicada sea protegida por la ley y compensada por quien le ha ocasionado ese daño. De esta manera se evita la imposición de penas innecesarias a cambio del resarcimiento, compensando el daño infringido y garantizando la no repetición de la conducta.

Para la Corte Constitucional en su Sentencia C-1195 de 2001 este acercamiento que se da, o que al menos se puede dar, en el modelo actual del proceso penal, contribuye a la convivencia pacífica por lo que constituye una de los fines esenciales del Estado. La Corte argumenta al respecto que

El hecho de que a través de la conciliación sean las partes, con el apoyo de un conciliador, las que busquen fórmulas de acuerdo para la solución de un conflicto, constituye una clara revelación de su virtud moderadora de las relaciones sociales. La conciliación extrae, así sea transitoriamente, del ámbito litigioso la resolución de los conflictos, allanando un camino para que las disputas entre individuos se resuelvan por la vía del acuerdo. Además, la conciliación estimula el diálogo, reduce la cultura adversarial y elimina la agudización del conflicto como consecuencia del litigio (Corte Constitucional, Sentencia C-1195, 2001).

Es claro entonces que la Corte respalda la posición del legislativo cuando aprobó este nuevo modelo de justicia en Colombia, si se tiene además en cuenta que el alto tribunal señaló también la brevedad en la solución del conflicto gracias a ese acercamiento entre las partes es otro beneficio para la sociedad, y que:

Aún en el evento en que no se llegue a un acuerdo, la conciliación permite reducir los asuntos objeto de controversia a aquellos que realmente resultan relevantes y desestimula que el litigio se extienda a temas secundarios o a puntos en los que las partes coinciden, con lo cual el eventual proceso judicial resultará menos oneroso en términos de tiempo y recursos al poderse concentrar en los principales aspectos del conflicto (Corte Constitucional, Sentencia C-1195, 2001).

La posibilidad de emplear mecanismos alternativos para la solución de las controversias que, además de interesarse por identificar al culpable, se interesa también por la víctima al ofrecerle la posibilidad de que, al menos en parte y gracias al acercamiento con su contraparte, llegue a un acuerdo sobre la forma como se puede reparar el daño. Resulta innegable que esta opción puede contribuir a reducir los niveles de impunidad, como una de las principales quejas que la sociedad colombiana tiene frente a su sistema judicial en general.

Ese proceso de acercamiento entre las partes puede en efecto concluir en una conciliación que de por terminado el proceso penal, por lo que es un elemento propio de la denominada justicia restaurativa. De acuerdo con Becerra (2009), se trata de un escenario en que la justicia se torna más democrática, en el sentido de que son los mismos ciudadanos quienes se encargan de resolver el conflicto en el que están implicados, actuando entonces como jueces, con lo que “se produce una transformación de la justicia retributiva de antaño, típica de un sistema inquisitivo, en una justicia en que la víctima es reparada acorde con sus necesidades, y no con las necesidades que el juez crea que el ofendido puede tener” (Becerra, 2009, p. 37).

Se añade a lo anterior que, el hecho de ese acercamiento entre las partes puede aumentar las posibilidades de reivindicación de la víctima, dado que, al alcanzarle la conciliación, se mitiga el deseo de venganza que rodea los procesos tradicionales de la justicia penal en los que se busca que el acusado reciba un castigo que se supone que ha de servir de consuelo al ofendido.

Pérez lo expresa en otros términos cuando, al referirse a la mediación, como otra modalidad de justicia restaurativa, afirma que:

La mediación constituye una forma de intervención en un conflicto, un método, que consiste básicamente en facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas que posibilite la adopción de un acuerdo por ellas mismas. La mediación puede, por tanto, representar un instrumento que posibilite la conciliación sobre la base de la reparación del daño, aun cuando no necesariamente tenga que estar dirigida a ésta. El mediador no tiene la capacidad decisoria que tiene un árbitro o un juez (Pérez, 1999, pp. 21-22).

Y es que en el sistema tradicional de justicia, la solución del conflicto depende de la decisión de un tercero, que está investido de juez, y en quien las partes delegan esa responsabilidad; la decisión de ese juez se basa en criterios técnicos definidos por la legislación y la jurisprudencia, mientras que en la justicia moderna los intereses del

afectado alcanzan una relevancia de la que antes carecían. En el modelo precedente, no existe ese acercamiento entre las partes y en cambio las audiencias son fuente de renovados resentimientos que perpetúan el conflicto, el cual solamente busca como meta final identificar a vencedores y a vencidos, a veces más con base en tecnicismos jurídicos que con base en la verdad o en los intereses de esas partes.

3.4.2 Principio de última ratio

Es claro que el acercamiento y la conciliación entre las partes, como características del derecho penal moderno resultan más consecuentes con el principio de intervención mínima que lo que sucedía con el sistema penal inquisitivo. Este principio, señala que no se debe utilizar el derecho penal cuando sea posible acudir a otros instrumentos jurídicos, con el propósito de restablecer el orden jurídico alterado. La validez de este principio se sustenta en el reconocimiento de que la pena es un mal irreversible y constituye una solución imperfecta, por lo que se recomienda que solamente se acuda a ella cuando no haya más remedio, como sucede cuando han fracasado otras alternativas encaminadas a proteger a la víctima. Y es que en efecto, el hecho de que el acusado sea condenado y pague una pena, usualmente no resuelve materialmente la situación de su víctima, mientras que cuando se genera un acercamiento entre las partes es probable que se alcance una conciliación que, al menos de manera parcial, implique una solución material y concreta para la parte perjudicada.

Pero no solamente las partes directamente implicadas pueden verse favorecidas cuando se rescata el concepto de *última ratio*; en efecto, la sociedad en general y el mismo Estado obtiene beneficios cuando se procuran el uso de medios menos lesivos antes de acudir al sistema penal. Es por esa razón que este principio también es conocido como principio de subsidiariedad (Domingo, 2008), teniendo en cuenta que el derecho penal solo debería aplicarse cuando se hubieran agotado otras opciones como el empleo de una adecuada política social, las sanciones no penales, como las civiles, la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, o los procesos administrativos que deriven en la aplicación de multas, entre otros. Y tan sólo en los casos en que ninguno de esos medios

resulte suficiente, se debería considerar legítimo el recurso a la pena o la medida de seguridad.

Entonces, el ejercicio del *ius Puniendi* en virtud del cual el Estado ejerce su potestad sancionatoria, empleando para ello su órgano encargado de la investigación penal, debería reservar su accionar a ataques o afecciones graves contra los derechos de las personas. Así, el beneficio para el Estado se reflejaría en un uso más racional de sus recursos humanos, técnicos y económicos, lo que le daría la posibilidad de actuar con mayor diligencia y efectividad ante otras necesidades de la sociedad.

En este escenario, si se aplicara plenamente el principio de *última ratio*, el Estado emplearía su capacidad coercitiva en su forma más agresiva imponiendo penas a los hechos más graves, aquellos que convulsionan a la sociedad, los que interrumpen la tranquilidad que persigue el marco constitucional. En una situación extrema, señalada solo a manera de ejemplo, los particulares serían los llamados a resolver, mediante los mecanismos de acercamiento y conciliación, sus propios conflictos entre pares, mientras que el Estado empleando el sistema penal estaría llamado a involucrarse ante ataques contra bienes jurídicos de la sociedad en general, los que tienen una trascendencia relevante que altera la tranquilidad social.

3.4.3 Protección del medio ambiente en el derecho penal

El Título XI del Código Penal Colombiano vigente se denomina “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” y en él se consagra una serie de disposiciones sancionatorias; sin embargo, la defensa de los recursos naturales y del medio ambiente en este sistema penal se inició con la expedición del Código Penal de 1980 (Decreto 100 de 1980), mediante el establecimiento de tipos sancionatorios que regulaban las infracciones cometidas contra Los recursos Naturales y el Medio Ambiente, establecidos en el título III Bis, Capítulo I, artículos 242 al 247, así: explotación o exploración ilícita minera, manejo ilícito de microorganismos nocivos, omisión de información, el daño a los recursos naturales, la contaminación ambiental,

aprovechamiento ilícito de recursos biológicos y la invasión de áreas de especial importancia ecológica.

Al día de hoy, se continúa con el amparo de los intereses medio-ambientales desde el orden penal, contemplando diferentes sanciones contra las conductas que atentan contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente, reguladas en ese título XI, Capítulo Único, artículos 328 al 339, los cuales se relacionan, así: Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, violación de fronteras para la explotación de recursos naturales, Manejo ilícito de microorganismos nocivos, manejo ilícito de especies exótica, daños en los recursos naturales, contaminación ambiental, contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, experimento ilegal con especies animales o vegetales, pesca y caza ilegal, invasión de áreas de especial importancia ecológica, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales.

Dicha inclusión de normas específicas para proteger el medio ambiente se deriva de la nueva Constitución Ecológica, a la cual se ha referido la Corte Constitucional en su sentencia T-411 de 1992²³. Así, ha reseñado la Corte Constitucional, con base en una lectura sistemática, axiológica y finalista de la Constitución ecológica, las siguientes disposiciones ambientales, bajo las cuales se enmarca la legislación ambiental en Colombia:

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

²³ Sentencia T-411 de 1992 Ref: Expediente N° T-785, Petionario: José Felipe Tello Varón. Procedencia: Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Granada (Meta). Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Santafé de Bogotá, D.C., 17 de Junio de 1992.

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), 2825 (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) (Corte Constitucional, Sentencia T-411, 1992).

De esta manera, en lo relativo a la protección ambiental, se entiende que existen competencias normativas concurrentes entre el poder central y las autoridades locales; competencias que se armonizan a la luz del principio de rigor subsidiario, mismo que rige en la normatividad administrativa ambiental.²⁴ Dichas normativas no solo atiende

²⁴ Principio de Rigor Subsidiario. Las normas y medidas de policía ambiental, es decir, aquellas que las autoridades medioambientales expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y

lo correspondiente a los bienes jurídicos individuales sino que también abarca los colectivos, en el entendido que el medio ambiente como bien jurídico colectivo, a diferencia de lo que sucede con los bienes jurídicos individuales, no se limita a aquellos de los que son portadores las actuales generaciones, dado que su preservación es una condición indispensable para la subsistencia de generaciones futuras, como lo advierte desde Europa Schünemann (2002). En Colombia, según el análisis de Sánchez (2013), “el bien jurídico del medio ambiente se integra por una multiplicidad de subsistemas que constituyen el objeto material de afectación y cuya perturbación es un criterio orientador” (p. 129). En este escenario, “la intervención penal no está condicionada por la generación de riesgos para bienes jurídicos individuales como la vida o la salud” (Cadavid, 2007, p. 220), lo que sugiere que el medio ambiente se protege por sí mismo de manera independiente o que cobije indirectamente las funciones que cumple para el desarrollo de la vida humana.

Una dificultad que limita la penalización de los delitos ambientales radica en que es normalmente la sociedad la titular del derecho violado, mientras que en otros tipos penales se afectan intereses de una víctima en particular. En este sentido, Cañón y Erasso (2004), tras analizar el papel del derecho penal en la tutela del ambiente llegan a la conclusión de que “en los delitos ecológicos, como se perjudica a todas las personas, pero en muchos casos a nadie en concreto, se presentan muy pocas denuncias, a no ser que se presenten intereses particulares de por medio, lo que en muchos casos impide el accionar penal”.

movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente, o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa, podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se desciende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias, cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten (...)” (Sentencia C 554 de 2007 Corte Constitucional).

Como si esto fuera poco, se discute si la persona jurídica puede ser sujeto activo de la conducta punible o sólo puede serlo una persona natural; sin embargo son las personas jurídicas las que más incurren en delitos ambientales, dado que lo hacen especialmente por intereses comerciales, por lo que se enfrenta constantemente la limitación de sancionar penalmente a los responsables.

Un análisis similar hicieron Rodríguez y Corredor (2011), respecto del derecho penal y el régimen sancionatorio ambiental en Colombia, llegando por su parte a la conclusión de que “recientes condenas en relación con delitos ambientales en el país ante representantes de empresas contaminadoras del ambiente y grupos delincuenciales, han empezado a configurar una relación entre el derecho ambiental con el administrativo, el constitucional y el penal, en donde este último se aplica cuando se ha cometido actos tipificados como delitos y no como afectaciones”. Esta conclusión concuerda entonces con la aplicación del principio de *última ratio* propia del derecho penal.

A su vez, (Ruiz López, 2007), advierte que “la protección penal del medio ambiente es consecuencia de una “conciencia ecológica” creciente, que se incentiva a través de diferentes canales como el cubrimiento periodístico sobre ataques a la naturaleza o catástrofes ecológicas y, que llaman la atención a la opinión pública sobre la irresponsabilidad o imprudencia con la que el modelo social y económico utiliza los recursos naturales, generando situaciones de peligro a bienes e intereses individuales y colectivos” (p. 92).

Ruiz (2013), considera que “se necesita la protección penal del medio ambiente como último mecanismo de protección social, con respeto a los principios de subsidiariedad, proporcionalidad, mínima intervención y merecimiento de pena”. Además, señala que a pesar de las críticas generales de que ha sido objeto el derecho penal, no se debe eliminar la protección penal del medio ambiente, recomienda la creación de conciencia social frente a la gravedad de los atentados contra el medio ambiente y considera que el criterio de interpretación de los tipos penales que protegen

el medio ambiente se encuentra en el límite que establezca la postura adoptada por el legislador. En una postura crítica, considera que “los atentados ecológicos son consecuencia de la incapacidad del Estado y de su carencia de políticas preventivas para proteger el medio ambiente en el proceso de industrialización”. Es por ello que la expansión del derecho penal se ve justificada por la creciente necesidad de protección, que permite que el Estado pretenda mantener el control formal del peligro por medio de su manifestación más represiva que es el derecho penal; por medio de ese control se busca construir barreras entre el comportamiento impune y el punible; esto podría conducir a “la reducción de exigencias para la reprochabilidad, al exigir para su configuración la peligrosidad de la conducta y no la vulneración real del bien jurídico” (p. 94).

En la medida en que el interés o la preocupación por la situación del medio ambiente y sus implicaciones socioeconómicas han avanzado, el derecho ambiental ha venido avanzando y “busca integrar las diferentes ramas del ordenamiento jurídico, tanto para prevenir, reprimir o reparar las agresiones al bien jurídico medio ambiente, encontrando normas administrativas, civiles y penales que regulan la materia, sin olvidar que las normas penales se aplican de manera subsidiaria y como ultima ratio, respetando de esta forma el principio de mínima intervención del derecho penal (Ruiz, 2013, p. 93).

Como se observa, el derecho penal, incluye mecanismos de carácter preventivo en el marco de la justicia restaurativa y desde su esencia misma. Con el ánimo de responder a la pregunta de investigación planteada al comienzo de este trabajo, algunos de esos elementos pueden aplicarse en los procesos penales adelantados por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; sin embargo antes de acudir al ámbito de la justicia penal y especialmente en virtud del principio de *última ratio*, deben agotarse otras instancias, como las de carácter civil, policivo o administrativo.

Por otra parte, el análisis hecho sobre las normas de carácter preventivo que existen en el país para la protección del medio ambiente, muestra que existen múltiples incentivos que cumplen ese propósito. Dada esa situación, es de esperarse que cuando se

hayan agotado todas esas instancias y se haya llegado a la necesidad de acudir al ámbito penal, el Estado utilice, ahora sí, toda su capacidad punitiva, pues, quienes hubieran incurrido en tales prácticas necesariamente debieron hacerlo desconociendo todas las oportunidades y mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico.

4. LA FUNCIÓN RESTAURATIVA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO AMBIENTAL

En este capítulo se busca identificar los elementos que, tanto desde el derecho penal como desde el derecho ambiental, constituyen oportunidades para la aplicación de acciones restaurativas en la solución de los problemas jurídicos causados al medio ambiente y los recursos naturales. Según el diccionario de la real academia, el concepto de restauración se entiende como “la acción que se debe realizar para volver a poner una cosa en el estado que antes tenía”; dentro de dichas acciones, el derecho, como conjunto de normas reguladoras de los comportamientos sociales cuenta con figuras que buscan dicha restauración, mismas que presentan facultades de reconocimiento de los daños causados y restitución, así como garantizar la no repetición de esas conductas atentatorias.

4.1 La función restaurativa en el derecho ambiental

La función restaurativa en el derecho ambiental tiene como finalidad, volver las cosas al estado anterior o a la condición similar a la que existía antes de que se produjera una alteración o intervención de los recursos naturales o el medio ambiente. Cumplir esta función restaurativa implica hacer una valoración de los impactos ambientales, en el sentido que para restaurar se debe considerar el valor material o subjetivo del recurso, el cual, generalmente, se reduce a una condición económica. Este aspecto resulta problemático en el sentido que los sistemas ambientales son sistemas complejos y dichas valoraciones pueden viciarse, reducirse o desconocerse, como lo indica Beritain (2011) “(...) las posibilidades de tergiversar o minimizar el impacto o los estudios relativos a estas valoraciones siguen siendo un problema hoy en día”. Sobre el mismo aspecto el autor reitera:

La ciencia nos revela que los bosques son ecosistemas de tremenda complejidad (...) Esto supone analizar las condiciones y estado del suelo, la biodiversidad y la estructura del ecosistema. (...) El suelo por ejemplo está

constituido de materia viva, de millares de bacterias, algas virus, que hace posible el transporte de alimentos a las plantas. (...) los expertos señalan que además de identificar las fuentes de contaminación o la presencia, por ejemplo, de basura, se trata de ver la estructura misma de un ecosistema (p. 107).

Este enfoque económico del derecho ambiental tiene como finalidad recuperar el equilibrio que se pudo haber perdido como consecuencia de una intervención humana que generó beneficios o externalidades positivas para un miembro de la sociedad, así como externalidades negativas para la otra parte. Frente al concepto de externalidad, Martínez y Roca (2001), expresan: “Los economistas suelen llamar “externalidades” a los daños causados por una actividad cuyo valor no viene recogido en los costos y precios establecidos en los mercados” (p. 447).

De hecho, han surgido expresiones que hace algunos años no existían, como la economía ambiental, economía ecológica y la ecología política, las cuales debaten de formas distintas la valoración ambiental desde la perspectiva de precio, mercado y sentidos.

Para explicar el concepto de economía ambiental es necesario primero mencionar que los recursos naturales se clasifican en renovables y no renovables; también se habla de los recursos ambientales como aquellos cuyo uso no implica su agotamiento, debido a que su velocidad de recuperación es muy rápida; como ejemplos de estos recursos se puede mencionar el agua, el aire o el paisaje, así como el medio visto como depósito o asimilador natural de residuos (Labandera, et al., 2007). Al igual que sucede con los recursos renovables, si se presenta uso excesivo o irracional de los recursos ambientales, es decir, por encima de su tasa de regeneración natural o de su capacidad de asimilación, se puede ver amenazada la supervivencia del propio recurso, lo que puede incluso convertirlo en no recuperable. Entonces, la economía ambiental trata de temas relacionados con los recursos del medio ambiente como receptor y asimilador de residuos y tiene como pretensión la internalización de los costos ambientales, pero desde

una perspectiva de valoración económica o monetaria. Al respecto Moreno (2010), establece:

(...) en los dominios de la economía ambiental quedaría el estudio teórico y la aplicación práctica de las políticas de prevención y de control de la contaminación, es decir, la internalización de las “deseconomías externas” de índole ambiental; pero siempre según el mercado, por lo que esto implicaría la conversión de los bienes libres en bienes económicos o de mercado (p. 123).

La economía ecológica, frecuentemente representada por la sigla EE, es definida como la "ciencia de la gestión de la sustentabilidad" (Rosas, 2013, p. 4), y constituye un conjunto de modelos de producción integral e incluyente que considera variables ambientales y sociales. Este enfoque de la economía es contrario al modelo tradicional, que basa su enfoque en el crecimiento económico por medio del uso óptimo de insumos y factores de producción. Dentro de la economía ecológica cada experto de una determinada rama de la ciencia, por ejemplo un biólogo, conoce ciertos conceptos básicos de economía y/o de la física con el propósito de entrar en contacto con otros investigadores con quienes fusionan sus conocimientos para garantizar la sostenibilidad del proyecto en el que trabajan, pero no sólo desde el enfoque tradicional de la economía capitalista sino con un gran énfasis en las prioridades ecológicas del mismo, reconociendo otras formas de valoraciones que “se dan fuera del mercado y no salen en la contabilidad del PIB” (Martínez y Roca, 2001, p. 73)²⁵. Según Garay (2013), la economía ecológica “se aparta de la economía convencional del principio de conversión entre materia y precio, al señalar que en el caso de los recursos naturales no renovables

²⁵ “Al respecto, los autores ponen de ejemplo la economía eco-feminista, tratando de resaltar políticamente actividades que están por fuera de los precios del mercado, así como ciclos biológicos que en la mayoría de los casos, no se pueden representar, sobre lo cual sugiere que “lo mismo ocurre con los servicios más importantes de la naturaleza, como es el ciclo de evaporación y de lluvia del agua, la propia energía que llega del sol, la absorción de dióxido de carbono por las plantas, la evolución y coevolución con los humanos de toda la diversidad biológica (...). Todo eso ha sido gratuito como el cuidado de las madres” (Martínez y Roca).

no siempre es posible convertir en precio de referencia (...)", es decir, no todo es susceptible de ser valorado a partir de dinero²⁶ (p. 13).

Por último, está la ecología política, que se refiere a una corriente ideológica del ecologismo y que está basada principalmente en torno a la dialéctica "*antiproductivista*", contraria al enfoque del "*productivismo*" (Lipietz, 2011); de esta manera sustituye a las corrientes tradicionales de izquierda y derecha que caracterizan a la política económica convencional. Al respecto, Garay (2013), expresa que "bajo la perspectiva de la ecología política, el territorio y la sostenibilidad son concebidos a la luz de la confrontación de diferentes estrategias para la apropiación de la naturaleza" (p. 14). Estas estrategias consideran valoraciones económicas, materiales, subjetivas y simbólicas, las cuales dependen de la asociación, correspondencia o identidad con un territorio, cultura o recurso natural en determinado medio ambiente o entorno.

Según lo advierten Martínez y Roca (2001), "las preocupaciones ecologistas no son ajenas a la vida cotidiana ni a las necesidades básicas de la especie humana. Generalmente se ha visto al ecologismo o ambientalismo como un lujo de ricos más que como una necesidad de los pobres" (p. 19). Empero, lejos de esa creencia de que se trata de un asunto de élite, el derecho ambiental interesa a todos, tanto como sucede con el medio ambiente en sí. Es por ello que el derecho ambiental tiene un componente restaurativo que tiene sus orígenes en el análisis económico del derecho, en cuyo marco el bienestar social está dado por la suma o agregado de los bienestares individuales.

De acuerdo con Castaño (2010), cuando se producen estas situaciones en las que ese beneficio de unos se encuentra claramente en perjuicio de otros, se ha de intervenir por parte de la administración, para subsanar esta deficiencia mediante la promulgación de una normativa, impuestos, licencias, o sanciones que contribuyan a restablecer el equilibrio social y el equilibrio entre lo social y lo ambiental. Entonces, en una situación

²⁶ "Todo necio confunde valor y precio," escribió Antonio Machado y, mucho antes, Marx había descrito las características de perversión capitalista del "fetichismo de las mercancías". Martínez y Roca (2001, p. 448).

en la que existe una contaminación que actúa sobre las personas y sobre el medio ambiente, se deberá tener en cuenta para su valoración, no solo el punto de vista privado sino que hay que tratar de obtener su valoración social.

Ahora bien, dado que no todas las externalidades pueden internalizarse por medio del precio, se hace necesario que en algunos casos la legislación establezca mecanismos de carácter restaurativo, en busca de la recuperación del punto de equilibrio que se ha roto como consecuencia de tales externalidades. A partir de esos conceptos, el enfoque económico del derecho busca el establecimiento de normas que contribuyan al logro del óptimo social de la economía, por lo que procura frenar la demanda de bienes y servicios intensivos en emisiones, incentivar la eficiencia energética en su producción, combatir la deforestación, multiplicar las siembras de árboles para captura de carbono, así como virar hacia tecnologías de baja intensidad en emisiones en energía, calefacción y transporte.

Como ejemplo de función restaurativa, se tiene un primer paso que propuso Pigou (1920), para alcanzar esa meta de control de emisiones a la atmósfera, fue una reforma fiscal ecológica basada en el concepto de externalidad: quien daña paga. Ese primer paso debería incluir medidas como cero subsidios e incentivos a los combustibles de origen fósil y fuertes 'ecotasas' al consumo y a la deforestación (Banco de la República, 2010). Este tipo de medidas busca que el mercado refleje la verdad ecológica en donde todos sus precios incorporen todos los costos de las externalidades provenientes del desgaste ambiental.

Este principio contaminador - pagador se materializa como instrumento jurídico a través de la consagración como principio en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, el cual consagra lo siguiente:

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la

contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

“En desarrollo de la soberanía, entendida ésta como la facultad que tienen las naciones de otorgarse a sí mismas un ordenamiento legal propio que regule las relaciones de sus conciudadanos entre sí y con el Estado, Colombia asiste a darse un nuevo ordenamiento legal a partir de la Constitución de 1991 y dentro de ese ordenamiento legal, un ordenamiento jurídico ambiental que consagra no sólo este principio, sino otro tipo de figuras y regulaciones. Es así como la Constitución de 1991 y el Estado que los constituyentes se propusieron en nombre de todos los colombianos implica, entonces, la tarea de generar una legislación que la desarrolle. Es decir que, tanto la Constitución como el Estado propuesto, están diariamente en construcción y demandan una estructura jurídica acorde con los principios constitucionales y con las dinámicas internacionales y locales”. (Botero, 2008).

Esa construcción de normas protectoras del medio ambiente, lleva a la jurisprudencia a denominarla “*Constitución Ecológica*”, tal y como sucede en la Sentencia C- 596 de 1998, donde la Corte Constitucional manifestó:

La Constitución de 1991 tiene un amplio y significativo contenido ambientalista, que refleja la preocupación del constituyente de regular, a nivel constitucional (...). Por ello puede hablarse con razón, de una “Constitución Ecológica”, entre otras es posible afirmar que el constituyente tuvo una especial preocupación por la defensa y conservación del ambiente y la protección de los bienes y riquezas ecológicas y naturales necesarias para un desarrollo sostenible. Así, el ambiente es considerado como un derecho de rango constitucional, a la par que como un asunto de interés general.

Igualmente, la Corte Constitucional en su sentencia T - 411 de 1992, estableció, respecto de la protección a la vida, que

Al lado del conjunto de principios que la Constitución dedica a las relaciones económicas deben situarse una serie de disposiciones de no menos trascendencia encaminadas a asegurar una protección básica a la vida humana considerada como valor en sí, al margen del uso que se haga de los recursos humanos en atención a fines políticos y económicos. Se da así entrada a una nueva dimensión de las garantías constitucionales cuyo núcleo esencial se halla en la protección de la libertad personal y de los demás derechos fundamentales vinculados de diversa manera a la misma y que se manifiesta, ante todo, en un conjunto de reglas generales tendientes a crear una situación ambiental que facilite lo más posible el ejercicio de las libertades individuales. En tanto que estas reglas generales, así como el principio de garantía de la persona y sus diversas especificaciones, encuentran su fundamento en una serie de opciones en las que se acepta un determinado modelo de cultura -y un consiguiente rechazo de otros modelos contrapuestos-, parece oportuno integrar toda esta temática bajo la noción común de "constitución cultural".

Entendido lo anterior, “la legislación ambiental gira en torno a unos ejes que, articulados, completan la gestión ambiental del Estado y apuntan de manera directa hacia el desarrollo sostenible como premisas a seguir. Esos ejes son los que soportan la legislación en conservación, administración o manejo, vigilancia y control y la parte sancionatoria a quienes incumplen la normatividad ambiental; y el desarrollo sostenible es el sello indeleble que por principio debe acompañar a toda esa legislación ambiental. Hasta acá la labor a desarrollar por las entidades del poder ejecutivo del sector público, más conocidas como “Autoridades Ambientales” y que, tal como las agrupa y estructura la Ley 99 de 1993, conforman el llamado Sistema Nacional Ambiental – SINA-. Lo anterior, sin excluir de las obligaciones ambientales a las demás entidades del Estado; no obstante, el constituyente y el legislador no se conformaron con haber concebido unas autoridades ambientales y unos órganos ejecutores de la política ambiental, concibieron, además, un control fiscal orientado a evaluar la gestión de las entidades estatales en materia ambiental e incluyeron bajo el manto de dicho control no solo a las autoridades ambientales sino a todas las entidades del estado sin distinción de su actividad ni de su

nivel, sea este nacional, departamental o municipal. Es lo que usualmente se conoce como “Gestión Ambiental Sectorial”, en el primer caso, y “Gestión Ambiental Territorial”, en el segundo” (Botero, 2008).²⁷

El medio ambiente, como bien jurídico protegido, es patrimonio común²⁸; es de utilidad pública e interés social, conforme lo relaciona el artículo 1 del Decreto 2811 de 1974. También señala la Constitución en el artículo 42 que, pertenecen a la Nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales que se encuentren dentro del territorio nacional. Por su parte, la Ley 99 de 1993 atribuye competencias a los Ministerios, a las Corporaciones Autónomas Regionales y a las entidades territoriales para la protección del medio ambiente y el control del aprovechamiento de los recursos naturales renovables.

Igualmente, el artículo 5°, en su numeral 43, de la mencionada Ley 99 de 1993, establece que le corresponde al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible establecer técnicamente las metodologías de valoración de los costos económicos del deterioro y de la conservación del medio ambiente y de los recursos naturales renovables. En desarrollo de este mandato, el otrora Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidió la Resolución 1478 de diciembre de 2003 en la que adoptó las metodologías de valoración de costos ambientales aplicables en el país²⁹.

Por otro lado,

²⁷ Artículos 8°, 49, 58, 63 y 67. En el artículo 79, norma ambiental por excelencia, la Constitución consagra el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y garantiza la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Además, establece como un deber del Estado el proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. El artículo 80 establece el deber del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, de imponer las sanciones legales y de exigir la reparación de los daños causados.

²⁸ Ley 23 de 1973, Artículo 2

²⁹ Guía Metodológica para la valoración de bienes, servicios ambientales y recursos naturales.

en las zonas urbanas se paga por los servicios de captación, tratamiento y distribución del agua, no por el agua en sí. El principio que obliga a pagar a quien usa no necesariamente es aceptado en sentido contrario: "Quien no paga, no usa". En el caso del agua, por no tratarse de una mercancía sino un bien público, el principio sólo se aplica como norma reguladora del uso, sea cuantitativamente (quien usa más agua paga más), o sea cualitativamente (quien la usa para fines lucrativos paga más que quien la usa para consumo personal). Si no fuera así, el agua dejaría de ser un derecho de todos los seres vivos, creándose un impasse ético y una situación en la que se excluiría del uso de los bienes ambientales a quienes no tuvieran capacidad de pago (Roa, 2010).

Este argumento parte de una verdad: se cuida más lo que es más caro. Sin embargo, las consecuencias de someter al agua a la ley de la oferta y la demanda podrían ser graves, según lo afirman algunos; por ejemplo, una fábrica de cerveza saca de un pozo toda el agua que necesita, sin pagar nada por ella. Posteriormente desecha parte de esa agua al río más cercano, pero ahora se encuentra contaminada por detergentes y desechos. En este caso parece lógico que deba cobrarse por el uso de esa agua, pero en otros escenarios puede conducir a que algunas personas no puedan consumirla para su uso doméstico normal, inclusive sin haber sido tratada (Botero, 2010).

Concretamente en esta materia se registran antecedentes mundiales

en Bhopal, India el 03 de Diciembre de 1984, cuando se produjo una nube toxica de 25 toneladas de metilisocianato (MIS) proveniente de la empresa Unión Carbide ocasionando la muerte inmediata a 2.000 personas, además de que alrededor de 8.000 murieron posteriormente y aproximadamente 300.000 fueron afectadas en mayor o menor grado. Solo los daños económicos del evento (dejando a un lado las compensaciones justas a las víctimas) fueron estimadas en alrededor de 4,1 billones de dólares. Unión Carbide aceptó la

“responsabilidad moral” sin embargo se rehusó a pagar los costos reales de los daños ocasionados (Corporación Autónoma Regional, 2006).

De igual manera, se registra el caso de

la marea negra después del accidente del petrolero Erika en las costas francesas en 1999, el cual generó un nuevo debate legal sobre la consideración de este daño ambiental y ecológico. El Tribunal correccional de París, reconoció el perjuicio material por daño a quienes se vieron afectados por la marea, pero también reconoció el daño ecológico puro sufrido directamente por la naturaleza, aunque ya existían algunos antecedentes judiciales de reconocimiento por daño moral por el impacto visual de peces muertos flotando en las aguas de un lago como consecuencia de contaminación química (Beristain, s.f, p. 22).

En estos casos, se incluyen valoraciones sobre diferentes tipos de daños bajo la concepción general de la reparación, teniendo en cuenta las diferentes valoraciones jurídicas sobre los daños y perjuicios causados, y la experiencia de las comunidades, empresas y Estados implicados en estos procesos. Un ejemplo bastante completo de los daños puede verse, en el caso de la Hidroeléctrica Chixoy (Guatemala). Los términos generales de la reparación en el acuerdo logrado en abril de 2010 se basan en la determinación de daños a las comunidades y la ecología que pueden resumirse así: a) Daños físicos; b) Daños mentales; c) Daños materiales: - Pérdida de viviendas e infraestructura; - Pérdida de ganado; - Pérdida de tierras; - Pérdida de cosechas; - Proyecto de vida seriamente afectado; d) Daños inmateriales/morales; e) Daños culturales y f) Daños al ambiente (Beristain, s.f, p. 24).

Por otra parte, el artículo 42 de la Ley 99 de 1993, establece las tasas retributivas y compensatorias, como forma de aproximación al principio contaminador pagador y como instrumentos que consideran la prevención ambiental

y la restauración ante un posible impacto o afectación, y cuyo fin primario es lograr la internalización de los costos ambientales. La primera, tiene como fin retribuir la utilización de un bien común, “se está retribuyendo el servicio de remoción de la contaminación producida por el sujeto pasivo”. (Sentencia C-495 de 1996). La segunda tasa, como su nombre lo indica, tiene como fin “compensar los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables” (Artículo 42 Ley 99 de 1993).

En sí, las tasas, como lo indica la Sentencia C-495 de 1996, son un mecanismo económico que tiene como fin “trasmitir un costo a quienes se benefician de una u otra manera con la utilización de los recursos naturales, con lo cual se está financiando las medidas correctivas necesarias para sanear los efectos nocivos de los ecosistemas (...). El cuestionamiento de este mecanismo consiste precisamente en que las mismas tienen una estimación de carácter económico, las cuales incluyen pagos, más no valoraciones; esta última apreciación se justifica si se tienen en cuenta los postulados planteados por la economía ecológica y ecología política”. (Corte Constitucional, sentencia C-495 de 1996)

Como contraparte del principio según el cual “el que contamina paga”, que se fundamenta en la responsabilidad social de los agentes económicos cuando se generan externalidades negativas originadas por la utilización de los recursos productivos y que inciden sobre el bienestar de la sociedad, existe la necesidad de retribuir a aquellos agentes que utilizan los recursos productivos en forma tal que, afectan favorablemente el bienestar de la sociedad. El eslogan asociado se resume como “el que conserva recibe compensación” (Ruíz, 2010, p. 2). Desde el punto de vista de la economía ambiental, tanto las externalidades negativas como las positivas generan un problema de eficiencia social en el uso de los recursos; en el primer caso, se cobra a quien contamina, y en el segundo, se paga a quien propicia la generación de servicios ambientales, dándole una compensación o retribución por el bienestar que irradia sobre la sociedad.

De acuerdo con la filosofía de este principio, puede llegar a ser uno de los fundamentos a presentar ante el Juez a la hora de justificar la aplicación del Principio de Oportunidad, dado que se presenta en el momento en que se le imponen obligaciones al responsable en el periodo a prueba dentro del proceso penal y a la hora de solicitar al Juez que imprima legalidad a lo actuado. En ese momento, que es cuando se le imponen las obligaciones, se argumenta este principio a favor del medio ambiente y su restablecimiento.

Sin embargo, en el caso del pago por servicios ambientales, más que una responsabilidad de ley o de una obligación, es un reconocimiento voluntario a la generación de un servicio, regulado mediante acuerdos voluntarios entre las partes (Pagiola, 2008).

A nivel internacional, específicamente en Costa Rica, la política es tan clara en este sentido, que inclusive existe un programa para la venta de servicios relacionados con el medio ambiente, denominado Pagos por Servicios Ambientales (PSA). El programa es financiado con recursos provenientes de un impuesto sobre la venta de combustible fósil y sus ingresos se destinan a programas relacionados con recursos hídricos, reducción de emisiones de carbono (Pagiola, 2008). La estrategia es entonces contraria a la típica del derecho penal, aunque no significa que este no exista; los mecanismos de pagos por servicios ambientales se enfocan en incentivar conductas deseables, es decir, generar externalidades positivas, más que en castigar las externalidades negativas, para acudir nuevamente al lenguaje propio del derecho económico.

En cuanto a las herramientas de protección de los derechos colectivos, se tiene a la Acción Popular como figura preventiva y restaurativa, pues busca accionar antes de la ocurrencia del daño, e incluso, cuando ya se ha ocasionado el mismo, buscando volver las cosas al estado anterior. Así lo establece la Corte Constitucional en la Sentencia T-080 del 2015, cuando aclaró que “la acción popular busca la prevención y la restauración o restablecimiento del bien colectivo afectado, pero no una indemnización

pecuniaria, de forma que toda condena al pago de los perjuicios debe entenderse en función exclusiva de la restitución de lo trasgredido”.

Advierte la Corte que “dada la entidad de los bienes jurídicos que se salvaguardan con la acción o pretensión popular, es comprensible que el legislador haya dotado al juez de una gama de amplias potestades con el propósito de que este tuviera verdaderos instrumentos tanto para hacer cesar la amenaza en contra de aquéllos como para retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración realizada en la mayor medida posible. Dentro de los posibles mandatos es posible extraer del inciso primero del artículo 34 los siguientes: a) orden de hacer o de no hacer; b) condena al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo; c) realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible; y d) fijación del monto del incentivo para el actor popular. Además, el desarrollo jurisprudencial posterior ha respaldado la disposición de medidas simbólicas cuando la restauración al estado original es imposible o insuficiente” (Corte Constitucional, Sentencia T 080, 2015).

Se entiende que con esta decisión, la Corte Constitucional propone la reparación como finalidad preventiva que sirve para que el infractor proponga un plan de reparación y con ello no incurra de nuevo en la conducta que lesiona o pone en peligro al ambiente. Respecto de la indemnización, se busca que el Juez sea quien proponga al infractor la toma de medidas tendientes a solucionar el problema acaecido, sin que ello implique el pago de una indemnización pecuniaria, pues, considera que dicha acción requiere otro trámite judicial distinto; sin embargo, a la lectura de la decisión, se encuentra que el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, dentro del mismo procedimiento en el cual se decida una acción popular, el legislador faculta al Juez para condenar al pago de los perjuicios.

Así, enuncia dicho artículo en su inciso final, que:

En la sentencia el juez señalará un plazo prudencial, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminar su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo. También comunicará a las entidades o autoridades administrativas para que, en lo sea que sea de su competencia, colaboren en orden a obtener el cumplimiento del fallo (Corte Constitucional, Sentencia T 080, 2015).

4.2 La función restaurativa en el derecho penal

Como se mencionó en el capítulo anterior, el derecho penal vigente en Colombia incluye mecanismos a través de los cuales se propicia una salida alternativa a la imposición de una pena, como es el caso de la función restaurativa, y también existen figuras jurídicas con las cuales se administra justicia y que conllevan, además, al resarcimiento de perjuicios ocasionados por parte del infractor de la Ley penal, incluso, por medio de la indemnización pecuniaria.

Ahora bien, mientras que en el derecho ambiental la función restaurativa contribuye a mantener la sostenibilidad de la actividad sujeta a su evaluación, el derecho penal, además de sancionar, se enfoca en reparar el daño causado. Así, la facultad de restaurar dentro del proceso penal surge con el nuevo derecho penal, el cual pretende dotar a la ciudadanía de nuevos caminos dirigidos a lograr una justicia más integral.

Según (Britto, 2010) “La justicia es una de las principales búsquedas de la humanidad y es el motor para la dinámica pacífica de las relaciones sociales, no en vano

las revoluciones, violentas y pacíficas, se han dado en nombre de cambiar situaciones y relaciones injustas; sin embargo, la complejidad del tema hace que no exista una única visión de lo que ella significa y de dónde emana” (p. 12).

El debate académico alrededor del concepto de justicia y sus fuentes es amplio; sin embargo, es posible hacer una categorización amplia y reducirlo a la tensión en términos de si es natural (Iusnaturalista) o si es un ejercicio racional (Positivismo). La visión positivista, tiene gran influencia de la visión filosófica de que es necesario establecer reglas para lograr el control social y la justicia, que en su estado natural los seres humanos no optan por valores de justicia y que por ende es necesario desarrollar una doctrina jurídica y depurar los procesos para su aplicación, ya que lo justo se logra a través del ejercicio racional de la argumentación y es esta la vía para mantener la paz en la sociedad. Así pues, según (Gargarella, 1999), las leyes son el mejor instrumento para la búsqueda de la justicia, y se confía en su sustento racional para resolver el problema de la injusticia. Sin embargo, no siempre lo que es legal es justo, y allí es posible citar la visión marxista de la justicia que plantea que esta es también un instrumento ideológico y que por ello las leyes son legitimadoras de injusticias, en este sentido pueden citarse varios ejemplos, la esclavitud es uno de ellos, era legal en la época en que se practicaba, pero no era justa y en el contexto actual se puede citar el caso de las barreras para la movilidad humana de los países pobres hacia los países ricos, esas trabas son legales, pero profundamente injustas. Tomando como base lo anterior es necesario hacer énfasis en que los conceptos de justicia y ley no pueden ser entendidos como sinónimos.

En los últimos tiempos ha evolucionado la justicia alternativa, la cual promueve nuevas formas de justicia que rescatan tradiciones en búsqueda de lo justo. En este orden, aparece el concepto de Justicia Restaurativa en el derecho penal, el cual permite el interactuar entre las partes para discutir y analizar el delito cometido, el daño ocasionado y las posibles soluciones a los problemas, generando siempre un diálogo que

permite entender lo sucedido y evitar a futuro la comisión de otros delitos. En todo caso, siempre administrando justicia, pues, a quien delinque se le aplica su sanción, a la víctima se le repara el daño sufrido y a la sociedad se le enseña lo sucedido, como conducta preventiva.

Como se ha señalado hasta ahora, el acercamiento entre las partes propiciado por el nuevo paradigma de justicia y la aplicación del principio de *última ratio*, han transformado la concepción que antes existía, abriendo paso a lo que se conoce como justicia restaurativa, entendida ésta como “una nueva manera de considerar a la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes” (Márquez, 2007, p. 201). “Esta forma de entender la justicia busca superar la búsqueda de un castigo para intentar remediar el daño causado a las víctimas. Se trata entonces de sustituir la denominada justicia retributiva, por considerar que ésta no resuelve ni previene el delito o los daños causados.” (Domingo, 2008).

En efecto, en la justicia retributiva o punitiva el sistema se centra en averiguar sobre las circunstancias de modo tiempo y lugar en que sucedieron los hechos para confrontarlos con la caracterización del marco típico, tras lo cual se impone una pena como única consecuencia jurídica, mientras que la justicia restaurativa las partes implicadas dialogan; como lo advierte Pascual (2012), “el proceso busca alcanzar ciertos objetivos, destacándose la adopción de un acuerdo de reparación que satisfaga las expectativas de ambas partes”. Esta descripción se ajusta al significado que el diccionario de la Real Academia de la Lengua le asigna al vocablo restaurar, cuando lo describe como “el hecho de reparar, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía”. Dicho ideal podría resultar difícil de lograr en el caso de las infracciones ambientales, pues, el impacto ambiental que producen, en ocasiones, puede llegar a resultar irreparable para el planeta y sus habitantes; sin embargo, siempre resultará más beneficioso para el medio ambiente como bien jurídico tutelado, intentar esa reparación buscando escarmentar al culpable, sin dejar de imponerle condiciones y

obligaciones dentro del proceso penal para lo cual se podrá rescatar lo propuesto por el Principio de Oportunidad.

Las bondades de la justicia restaurativa también resaltan al considerar que en el proceso penal convergen múltiples y contrapuestos intereses; a pesar de que no siempre existe conciencia de ello, los intereses de los abogados no son los mismos de las partes a las cuales representan. Esa diversidad de intereses hace que los hechos que suceden durante el proceso sean evaluados de maneras diferentes; si bien esa misma diversidad prevalece en un escenario de justicia restaurativa, el hecho de que el fin que se busca sea la reparación del daño puede hacer que la maximización de esa reparación sea una buena alternativa para favorecer los intereses tanto de cada parte como de sus representantes legales, o al menos en el caso de la parte afectada.

Por otra parte, es probable que ante la posibilidad de ofrecer un mecanismo de restauración, el acusado se sienta menos presionado para reconocer ante su víctima la responsabilidad por sus hechos, dado que ese reconocimiento puede en este caso implicar un castigo más tolerable que el que recibiría bajo el modelo de justicia retributiva o punitiva, pues en ese caso al sistema penal solo le interesa el resultado y la acreditación de la conducta dolosa.

Así, la justicia restaurativa se le percibe como una solución más pronta, dado que:

Incluye no solo al ofensor sino a la víctima, en su defecto, a la comunidad misma, lo que hace más práctica su realización, pues conlleva un acercamiento de las partes, procurando lograr su objetivo concreto, cual es el de procurar la satisfacción en los resultados, debido a que no se trata solo de mediar con las partes en el proceso (víctima y delincuente) sino que, además, se le brinde a las mismas tranquilidad, seguridad, apoyo y confianza. (Mojica y Molina, 2005, p. 72).

Esta forma de aplicar justicia implica un rol más activo de la víctima durante el proceso mismo, dado que se trata de una forma más consensuada de actuar, al mismo tiempo que, al reconocerle al culpable ciertos beneficios por el hecho de resarcir el daño causado se le acerca a su proceso de resocialización y concientización.

Márquez (2007), realiza un interesante ejercicio de comparación entre los dos modelos de justicia, el cual resulta oportuno para el análisis en el caso de estudio y su relación con el derecho ambiental, la que se resume a continuación:

- La justicia restaurativa reconoce que los infractores no sólo contravienen la ley sino que dañan a las víctimas, comunidades y aún a ellos mismos.
- La justicia restaurativa involucra tanto al Estado y al infractor, como a las víctimas y las comunidades.
- La justicia restaurativa mide el éxito del proceso no sólo como la cuantía de la pena impuesta al delincuente, pues también tiene en cuenta los daños reparados o prevenidos.
- La justicia restaurativa busca superar la identificación de castigo con venganza, en donde se busca imponer al delincuente un dolor similar al que le produjo a la víctima y en cambio busca la no repetición y la reparación de las víctimas.
- La esencia de la justicia restaurativa es la resolución de problemas de manera colaborativa.
- El enfoque restaurativo es reintegrativo y permite que el delincuente se rectifique y se quite la etiqueta de delincuente.
- La justicia restaurativa se interesa primordial y esencialmente por los daños causados por los actos criminales.
- La teoría de la justicia restaurativa sostiene que el proceso de justicia pertenece a la comunidad, y en él las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden, la seguridad y recibir una restitución. A su vez, los ofensores deben ser encontrados responsables por los daños ocasionados.

- En un marco de justicia restaurativa, las comunidades y sus miembros asumen responsabilidades de dirigir el fundamento social, económico y los factores morales que contribuyen al conflicto y la violencia. (p. 204).

Hoy en día, en la mayoría de los Estados del mundo, los nuevos estatutos penal y procesal penal se adhieren a la tendencia moderna que pretende dar mayor protagonismo e importancia a la víctima o perjudicado con el delito. Han quedado atrás las épocas en que la víctima de la infracción penal no contaba en el proceso, en que se la miraba como un intruso e incluso se le desconocía el derecho de participar en el correspondiente trámite, criterio que se fundamenta en que la relación jurídica que nacía con la comisión del delito se desarrollaba exclusivamente entre el Estado y el procesado, sin que la víctima tuviera ninguna importancia. La nueva disposición se debe, en gran parte, al impulso que ha ganado en la criminología moderna y las disciplinas penales, la llamada victimología (Márquez, s.f. p. 94).

Al respecto, en Colombia la interacción de la víctima en el proceso penal, se encuentra regulada y se le otorga vital importancia reconociéndole el derecho a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. Así, a nivel nacional se cuenta con varios artículos de la Constitución Política y tratados internacionales, dentro de los cuales resalta como principal el de la Dignidad Humana.³⁰ Dichos derechos son reclamados y reconocidos mediante la tutela judicial efectiva, la cual, igualmente ha regulado la Corte Constitucional en su sentencia C 180 de 2014, misma que refirió:

“El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de

³⁰ Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política de Colombia).

éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que “no existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena ‘garantizar el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia’, está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas.” De este modo, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite alentar a las personas la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones.

Sin embargo, aclaró la misma Corte que:

los derechos de la víctimas del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral son derechos que se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado mediante Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, modificada por la Ley 1395 de 2010, entre otras; pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención en los que la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos deberá hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, así como con las definiciones que el propio constituyente adoptó al respecto, como podríamos mencionar la caracterización de las víctimas como intervinientes especiales a lo largo del proceso penal, no supeditadas al fiscal, sino en los términos que autónomamente fijó el legislador (Corte Constitucional, Sentencia C 250 de 2011).

Ahora bien, como parte de las figuras que permiten el acceso a la justicia, en búsqueda de resarcimiento y solución de los conflictos, el concepto de Justicia

Restaurativa ha sido regulado desde el artículo 250, numeral 7, de la Constitución Política, cuando advierte que

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal; la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de Justicia Restaurativa.

En cuanto al desarrollo de la figura de Justicia Restaurativa, según De la Fuente (2008),

es muy difícil determinar exactamente el momento o el lugar en que se originó. Lo que sí es seguro, es que las formas tradicionales y autóctonas de Justicia consideraban fundamentalmente que el delito era un daño que se hacía a las personas y que la Justicia restablecía la armonía social ayudando a las víctimas, los delincuentes y las comunidades a cicatrizar las heridas. Son en los pueblos indígenas y aborígenes de ciertos países, como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá donde se habían venido practicando ciertos modos de Justicia Restaurativa, los cuales, se han ido adaptando al devenir de los tiempos dando lugar a ejemplos como los Tratados de Paz y Círculos de Sentencia, tomados de la esencia tradicional de estos pueblos nativos. Hacia 1974, la primera Corte que ordenó una sentencia de Justicia Restaurativa fue realizada en Kitchener, Ontario. Dos jóvenes, capturados tras una parranda vandálica que dejó 22 propiedades dañadas, lo hicieron y gradualmente pudieron restituir el daño que habían causado. El éxito de este caso permitió el establecimiento del primer programa de Justicia Restaurativa, en Kitchener, conocido como Programa de Reconciliación entre víctima y ofensores (Howard Zehr). En Elkhart, Indiana el programa fue iniciado en pequeña escala en 1977-1978 por agentes de la libertad condicional que habían aprendido del modelo de Ontario. Para 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada "el centro para Justicia Comunitaria".

Igualmente, “en un marco de Justicia Restaurativa, las comunidades y sus miembros asumen responsabilidades de dirigir el fundamento social, económico y los factores morales que contribuyen al conflicto y la violencia (Amstutz y Zehr, 1998), la Justicia Restaurativa es un conjunto de valores y creencias acerca de lo que significa la justicia. Esta teoría busca como objetivos primordiales: 1. Invitar a la completa participación y al consenso 2. Sanar lo que ha sido roto 3. Buscar completa y directa responsabilidad 4. Reunir lo que ha sido dividido 5. Fortalecer a la comunidad para prevenir daños mayores. 6. Buscar el esfuerzo cooperativo de la comunidad y del estado 7. Buscar la reintegración de la víctima y el ofensor en la comunidad”. (De la Fuente, 2008).

En algunos países como Estados Unidos, el sistema restaurativo ha sido acusado de haberse usado de manera excesiva, ante lo cual, el director del Centro de Paz y Justicia Restaurativa de Minnesota señala que “la justicia restaurativa no pretende ser blanda con los delincuentes sino, por el contrario busca modos de restaurar a la víctima” (Christie, 2009, p. 17).

Al ser confrontados con la aceptación de su responsabilidad, los ofensores pasan a tener un rol más activo dentro de su propio proceso de reincorporación a la sociedad; adicionalmente, al llegar a una conciliación y a una restauración por los daños causados, reconocen el valor intrínseco de la persona o bien jurídico tutelado, en este caso el Medio Ambiente y los recursos naturales. Una actitud como esta mantiene una mayor coherencia con un modelo de sociedad basado en normas y valores de la propia conciencia, más que regida por el temor de la sanción del organismo estatal; en efecto, al mismo tiempo que las víctimas pueden esperar en este modelo una compensación por el daño recibido, el agresor también se beneficia en la medida en que se responsabiliza por los efectos negativos de su conducta, evitando así consecuencias económicas y sociales propias de la privación de la libertad.

Domingo (2008), considera que, además de esos beneficios, la justicia restaurativa incorpora una herramienta útil para la individualización de las respuestas judiciales que aumenta su eficacia, puede contribuir a disminuir la reincidencia y añade valor a la función reeducadora y resocializadora de la pena privativa de libertad.

Así las cosas, en Colombia, según el artículo 518 de la Ley 906/2004, la aplicación de la justicia restaurativa implica algunos principios que regulan el procedimiento de aplicación, los cuales, no está por demás advertirlo, pueden ser ajustables al procedimiento de suspensión dentro del procedimiento a prueba para la aplicación del principio de Oportunidad en los procesos adelantados por delitos contra el medio Ambiente.³¹

Como concepto regulado, advierte el referido artículo 518 del Código de Procedimiento Penal Colombiano que “el resultado restaurativo implica el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en búsqueda de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad”, y como mecanismos de justicia restaurativa a la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

Ahora bien, según (Ruíz, p. 94) “el derecho penal se ha caracterizado por tener como función la protección de bienes jurídicos fundamentales, tanto individuales como

³¹ Artículo 518 C.PP, tales principios son: “i) los métodos se pueden utilizar en cualquier etapa del proceso, incluso cuando el procesado está cumpliendo la pena privativa de libertad, ii) existe consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Ambas partes podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación, iii) los acuerdos que se alcancen deben contener obligaciones razonables y proporcionales al daño ocasionado, iv) la participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores, v) el incumplimiento de un acuerdo no debe utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena y vi) las dos partes tendrán derecho a consultar a un abogado”. Ley 906/2004

colectivos, sin que éstos últimos, es decir los colectivos, deban ser necesariamente entendidos como instrumentos para la protección de intereses individuales (...)"

Dicha protección implica un carácter restaurativo que le permite, en relación con los daños ocasionados al medio ambiente, reparar los mismos aun con su característica de difusos, pues, con figuras propositivas como el Principio de Oportunidad se abre la puerta a la reparación mediante actividades que permiten aportar a ese desgaste suscitado en razón del daño causado; sin embargo, en el entendido que en lo ambiental la reparación está sujeta a un concepto patrimonial, resulta complejo para el derecho penal atender, más allá de dicho concepto, las consecuencias que a futuro traerá el daño a las nuevas generaciones.

Es así como el Principio de Oportunidad como figura penal, bajo lo establecido en el artículo 518 del Código de Procedimiento Penal Colombiano concordante con lo establecido por la economía ecológica, podrá lograr un resultado restaurativo en tanto vincula a la víctima y al infractor con fines de protección del medio ambiente, por lo que podrá propender por reducir o mitigar los efectos del daño mediante actividades dirigidas a tal fin, incluso intentar revertir las consecuencias negativas de dicho daño y a corregir los impactos ambientales que se susciten; empero, al ser difuso, dicho daño limita su actuar al concepto económico que necesariamente resulta aparejado en estos eventos.

Igualmente, se debe tener claro que en materia penal existen básicamente dos tipos legales de conciliación, de las antes mencionadas y que son: la conciliación preprocesal (extrajudicial) y la procesal o la que se aplica en el incidente de reparación integral, tal y como lo consagra la Ley 906 de 2004; aunque es importante aclarar que estos tipos de conciliación pueden ser, eventualmente, una combinación de las diferentes clases de la misma ya referidas, por ejemplo, podríamos hablar de una conciliación preprocesal total, válida y en derecho. Por esto se precisa hacer un acote adicional de estas dos clases de conciliación que podríamos encontrar en materia penal, aunque de manera general; es de notable importancia aclarar que la conciliación preprocesal solo

aplica para los delitos querellables, y es requisito de procedibilidad agotarla, en cambio la que se presenta en el incidente de reparación integral es aplicable a todos los delitos (Colorado y Bolívar, 2008).

Así las cosas, el concepto de conciliación ha sido reforzado por la Corte Constitucional en su Sentencia C 591 de 2005 cuando advierte que “el acto legislativo 03 de 2002 (...) modificó algunas de las funciones que está llamada a cumplir la Fiscalía en relación con las víctimas de los delitos; nuevas competencias que en nada se oponen a que la Fiscalía (...) continúe realizando una labor de conciliador, y que por ende, en lo pertinente, tengan plena aplicación las líneas jurisprudenciales que la corte ha sentado en la materia, por cuanto, el órgano de investigación sigue siendo parte de la rama judicial del poder público y, en tal sentido, su actividad continúa regida por los principios de independencia e imparcialidad, inherentes a la actividad del conciliador”

Dicha función se ve materializada en los acercamientos entre partes que realiza el Fiscal en su despacho, mediante citación que realiza a las partes, antes de proceder a dar orientación investigativa a cada uno de los casos que llegan a su conocimiento; dicha orientación, implica ordenar a la policía judicial adelante sendas actividades de análisis y recolección de elementos materiales probatorios e información que le permitirán acercarse a la realidad de lo sucedido. Tal información se le condensa al Fiscal de conocimiento mediante un informe de policía judicial. Para la audiencia de acercamiento, regirán las reglas generales de la Justicia Restaurativas vistas anteriormente.

Otra figura con carácter restaurativo resulta ser el incidente de reparación integral; el mismo se encuentra regulado en el capítulo IV, artículos 103 a 108 del Código de Procedimiento Penal; dicha figura jurídica tiene lugar después de adelantado el proceso penal y a treinta (30) días de obtenerse sentencia condenatoria, independiente del procedimiento que se hubiere llevado a cabo para llegar a esta instancia, esto es, mediante terminación anticipada del trámite procesal, por aceptación de cargos o preacuerdos y negociaciones, las cuales no implican debate probatorio, o mediante

audiencia de juicio oral, la cual sí permite dicho ejercicio de contradicción. Se trata de una audiencia convocada por el Juez de conocimiento, encontrándose en firme la sentencia condenatoria, siempre y cuando haya sido solicitada por la víctima y el Fiscal, o el agente del ministerio público, a solicitud de ésta. En dicha audiencia, se pretende el reconocimiento por parte del condenado de los danos causados a la víctima, para lo cual ésta le presentará su pretensión de reparación y la forma en que desea que el penado la realice. En el desarrollo de la referida audiencia, se aplican las directrices contenidas en el artículo 518 del CPP³², respecto de la Justicia restaurativa, pues, su aplicación facilita el acuerdo pretendido.

Igualmente, se encuentra a la Mediación como figura restaurativa. Dicha figura ha sido regulada en el código de procedimiento penal, en los artículos 523 a 527, mismos que describen sus características estableciendo que se trata de

un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que los enfrenta. La Mediación puede referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los

³² Artículo 519. Reglas Generales. Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas: 1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier parte de la actuación. 2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito. 3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizara como prueba de admisión de la culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. 4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena. 5. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velaran por que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto. 6. La víctima y el imputado acusado o sentenciado tienen derecho a consultar a un abogado. (Código de Procedimiento Penal Colombiano)

perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón (Código de Procedimiento Penal Colombiano).

Como características esenciales de esta figura, se tiene que, procede desde el momento en el cual se vincula formalmente al indiciado, esto es, la audiencia de formulación de imputación³³, y hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral³⁴, que se aplica en los casos que se adelanten por delitos para los cuales no se requiere querrela o denuncia, sino que pueden ser conocidos de manera oficiosa por las autoridades, para delitos cuya pena de prisión no exceda de cinco (5) años de prisión y en los cuales el bien jurídico no sea de aquellos que sobrepasa la esfera personal de la víctima; entiéndase aquellos que no implican bienes colectivos, y que víctima y acusado acepten de manera voluntaria que desean que someter su controversia a los efectos de la Justicia Restaurativa.

³³ Artículos 286 y siguientes del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

³⁴ Artículos 366 y siguientes del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

5. ANÁLISIS DE CASOS A LA LUZ DEL DERECHO PENAL E INTERVENCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL

Como insumo de esta investigación, se recolectó información relacionada con casos penales que han sido adelantados en las Fiscalías Seccionales por delitos contra el Medio Ambiente y los Recursos Naturales; mismos que reflejan los asuntos desde la normatividad ambiental y su atención desde el derecho penal.

En el ordenamiento Penal Colombiano, se regulan las acciones consideradas como delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, en los cuales, según lo establecido en el título XI del Código de las penas, “*el ambiente*” resulta ser el bien jurídicamente tutelado. Al respecto, Hernández (2014), menciona:

El medio ambiente como bien jurídico protegido lo conforman una compleja red de normas y de instituciones que regulan y definen derechos, obligaciones, sanciones y acciones relacionadas con el comportamiento y uso que la sociedad tiene con el medio ambiente. (...) La influencia de algunas disciplinas científicas como la ecología y el estudio de la problemática ambiental por grupos interdisciplinarios ha obligado a los juristas a definir y construir marcos más amplios e integrales en el momento de expedir las normas ambientales (...) (p. 58).

Es así como, desde el artículo 328 al artículo 339 del código penal, se encuentran enlistados los delitos que enmarcan las diversas acciones delictuales, encontrando que se trata de normas penales en blanco, las cuales el legislador tipifica como punibles, pero que se remiten a otras instancias normativas de carácter administrativo al momento de analizar los supuestos de hecho, obligando al órgano judicial a integrarlas a cada caso concreto.

En los casos que se relacionan, se observa cómo el derecho penal, en razón a su característica de “subsidiario”, requiere del apoyo de datos técnicos que deben ser aportados por profesionales en la materia, quienes hacen parte de las entidades encargadas de representar al ambiente como víctima en cada investigación.

Se deberá, entonces, considerar los presupuestos mínimos para que proceda la acción penal. Así,

el numeral 5 del modificado Artículo 250 Constitucional, desarrollado por el Artículo 66 del nuevo Estatuto procesal penal, consagra la obligación de la Fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y de realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento, cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo; de modo que deben obrar esos presupuestos mínimos, que apunten a la existencia de unos hechos que materialicen una conducta descrita en la ley como delito, para que el ente instructor, pueda proceder a ejercer la Acción Penal que le compete al Estado (Corte Constitucional, Sentencia C 1154 de 2005).

Adelantados los procesos penales relacionados con los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, y establecidas las características del artículo 9 del Código Penal Colombiano, se podrá entrar a vincular al indiciado de quien se tiene una probabilidad de responsabilidad, en relación con lo ocurrido, y posteriormente, analizar la posibilidad o no de aplicación del Principio de Oportunidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, se realizó el estudio de varias indagaciones penales³⁵, de las cuales se escogieron 14 carpetas que, aun sin contar con la

³⁵ Se advierte que, respecto de los casos estudiados y analizados, se encontró que los mismos al 7 de Marzo de 2014, fecha en la cual se realizó la recolección de la información, se encontraban en etapa de indagación por lo que, al no contarse con datos completos, las investigaciones penales no estaban perfeccionadas y no permitían su conceptualización respecto de la aplicación de la figura estudiada. La consulta de los casos relacionados en este trabajo, fue autorizada por el otrora Director Seccional de

investigación perfeccionada, presentaban algunos de los insumos para realizar el análisis; dichos casos fueron categorizados de la siguiente forma:

a) Aquellos casos en los cuales, conocido el informe técnico dejado a disposición de la Fiscalía General de la Nación por parte de la Corporación, existe posibilidad de proceder con la indagación penal, la cual permite adelantar labores investigativas tendientes a establecer la real ocurrencia del hecho, su tipificación como delito y la identificación de los responsables del injusto, conforme lo establece el artículo 66 del CPP y en concordancia con lo establecido en los artículos 10, 11 y 12 del Código Penal, verificando que exista tipicidad de la conducta, se configure la antijuridicidad (la cual se presenta cuando dicha conducta típica lesiona o pone efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien tutelado por la Ley, en este caso el ambiente) y cuando existe culpabilidad, en cabeza del indiciado.

b) Aquellos casos en los cuales, conocido el informe técnico dejado a disposición de la Fiscalía General de la Nación por parte de la Corporación, no se advierten las condiciones legales para proceder con la acción penal.

5.1 Casos Tipo A

Caso No. 1: Los hechos sucedieron el 29 de abril de 2009 en el Parque Entrenubes de la ciudad de Bogotá D.C, área protegida lugar donde dos personas fueron capturadas con dos bultos que contenían hojas de laurel, especie protegida, con el ánimo explotarla comercialmente para emplearla en la elaboración de la cruz de mayo. Los capturados son dejados a disposición de la Fiscalía Seccional, quien ordena su libertad, considerando que no se contaba con el informe técnico requerido para tipificar la conducta, hasta ese momento.

Fiscalías de Manizales, solo con fines académicos, mismos que fueron alcanzados con el presente trabajo. En la relación de los hechos se ha omitido información relacionada con las partes implicadas, en razón a la reserva sumarial que se le atribuye a cada uno de los casos.

Según concepto No. 2009 EE18341 del 29/04/2009 proferido por la Subdirección de Silvicultura, Flora y Fauna Silvestre de la Secretaría de Ambiente, se estableció que “mediante resolución No. 1333 de 1997 del DAMA, para el caso de la ciudad de Bogotá, existe veda para el aprovechamiento, transporte y comercialización de las especies conocidas como musgos, líquenes, lamas, quiches, chites, parásitas, orquídeas, capote, broza y demás especies y productos herbáceos o leñosos como arbustos, corteza y ramaje que conforman parte de los hábitat de tales especies (...) contexto en el cual el laurel de cera (*MORELLA PARVIFOLIA*) es una de las especies que conforman los hábitat de las especies mencionadas y en consecuencia está protegida por esta norma”

Mediante concepto técnico No. 2009IE16359 del 30/07/2009, remitido por la Secretaría Distrital de Ambiente de la ciudad de Bogotá, se puso en conocimiento que el estado de los productos incautados correspondían a ramas recién cortadas de la especie Laurel de Cera (*MORELLA PARVIFOLIA*) y que frente a los dos bultos hallados en poder de las dos personas investigadas, “es difícil determinar el número de arbustos a los que corresponden y que respecto del daño ecológico ambiental, se puede evidenciar en la pérdida de la cobertura vegetal del parque ENTRENUBES conllevando a la erosión del suelo, reducción de alimento y hábitats para especies de la fauna silvestre.”

Aporta el informe que, “respecto de la comercialización en la ciudad de Bogotá de las ramas de laurel, está produciendo en la actualidad un grave impacto en las poblaciones de esta especie, los árboles y arbustos sufren un gran deterioro producido por la extracción del follaje, en las que se encuentran las flores y frutos, impidiendo los procesos reproductivos propios de la especie, debido a que la fecha del aprovechamiento coincide con el periodo de floración y fructificación de la especie (...) la cual cumple funciones de fijación del nitrógeno al suelo, control de la erosión recuperación de los suelos, protección de riberas, alto valor paisajístico y alimento y hábitat para fauna silvestre, funciones que son de mayor relevancia dada la importancia que posee el parque ecológico en la ciudad de Bogotá.”

Igualmente, se allegó el concepto técnico No. 2009EE33257 del 30/07/2009 suscrito por la Dirección Legal Ambiental de la Secretaría de Ambiente Distrital, en el cual se da a conocer que “respecto del establecimiento Parque Entre Nubes como reserva forestal, se informa que el decreto 190 de 2004, por medio del cual se compilan las disposiciones contenidas en los decretos distritales 619 y 469 de 2003, contempla en el artículo 79 y siguientes, el Sistema de Áreas Protegidas del Distrito Capital, dentro del cual se establece al Parque Entre Nubes como un parque Ecológico Distrital cuyos usos permitidos son los contemplados en el artículo 96 del citado decreto”

Caso No. 2: El día 11 de Septiembre de 2011, en el sector de San Peregrino en Manizales se advierte la deforestación de un predio que llevó a la profundización de dos corrientes de aguas del sector, presentándose la tala y quema de residuos obtenidos de la intervención de especies vegetales arbóreas como Yarumo, Drago, arboloco y arbustivos como pringamosa que presentaba tallo grueso, con edades superiores a 10 años, con el fin de cambiarle el uso al suelo para cultivo de café.

Según informe técnico suscrito por CORPOCALDAS el día 27/09/2012, “se evidencia un daño ambiental donde se tiene una clara afectación directa de los recursos naturales, el recurso flora por las especies taladas y el cambio de uso al suelo, el recurso aguas por posibles afectación al afloramiento el cual disminuyó el caudal a grado tal que se profundizó en la zona, el recurso aire con la emisión de CO₂ por las quemas realizadas. La fauna existente en el área se desplaza con la pérdida de cobertura y el suelo se desprotege generando erosión superficial por la acción del viento en temporada seca y por las lluvias en invierno. De acuerdo a lo anterior, se recomienda: 1. Recuperar la zona afectada equivalente a 1.200 mts² aproximadamente, mediante la siembra de especies propias de la región. 2. Aislar la zona afectada mediante la construcción de línea amarilla, la cual deberá tener tres hilos de alambre de púas y estacones de 2.5 m de distancia entre ellos y 3. Dar traslado del informe a la secretaría general para que, de acuerdo a su competencia, determine acciones en contra del infractor.”

Con este insumo, la Corporación adelantó investigación administrativa y el día 20/11/2012 inició proceso sancionatorio, formulando cargos a la persona implicada al considerar que “toda persona que pretenda realizar el aprovechamiento de bosques naturales o productos de la flora silvestre deberá tener autorización por parte de esa institución”, conforme el artículo 23 de Decreto 1791 de 1996, concordante con el artículo 28 del Decreto 948 de 1995, mismo que prohíbe la quema de bosque natural y de vegetación natural protectora en todo el territorio nacional.

Caso No. 3: Según informe de policía judicial SIJIN del 26/06/2013, se pone en conocimiento que mediante labores de verificación forestal, en asocio con un funcionario de CORPOCALDAS, en la vereda El Rosario de Manizales se encontró que en uno de los predios allí ubicados, se encontraban dos sujetos cortando uno de los guaduales existentes, sin que presentaran el respectivo permiso para el aprovechamiento forestal otorgado por CORPOCALDAS. En razón de ello, los dos sujetos fueron dejados a disposición de la Fiscalía, quien, mediante orden de la misma fecha los deja en libertad, toda vez que “(...) fueron contratados por los dueños del predio, mismo que figuraba a nombre de una empresa; Tampoco se allega el experticio rendido por el profesional adscrito a la Corporación en el que se precise que el predio no tiene un plan de aprovechamiento forestal y que determine, si hay lugar a ello, cual es el grado de afectación de los suelos, cuencas hidrográficas, el tiempo que durará la restauración vegetal, así como la conservación de la biodiversidad en esa finca y demás aspectos técnicos o científicos que resulten pertinentes en dictámenes periciales de esta naturaleza”.

Posteriormente, se allegó informe de técnico del 11/07/2013, en el cual CORPOCALDAS estableció que “(...) en el predio existen varios rodales naturales de guadua, a uno de ellos, el 24 de Octubre de 2012, se le otorga una autorización de aprovechamiento forestal por 50m³ a efectuarse en 1 ha, este para ser ejecutado en dos meses, en esta visita se observan 5 rodales aprovechados”(…) “la densidad inicial de los rodales y debido a su homogeneidad observada era de 4600 culmos/ha aproximadamente, y por los cortes observados (35) se deduce que el aprovechamiento

fue del 76%. El documento norma Unificada para el manejo y aprovechamiento de la Guadua, establece; “ARTÍCULO 10: Intensidad de Entresaca.- El aprovechamiento de los bosques naturales de guadua, cañabrava y bambú se debe efectuar por el sistema de entresaca selectiva de los tallos o culmos maduros y sobremaduros y el aprovechamiento total de los tallos secos y secos partidos. El porcentaje de intervención será como máximo el 35% de la población comercial. Parágrafo 1: La intensidad de cosecha podrá ser superior o inferior a la determinada en el artículo anterior, siempre y cuando el asistente técnico forestal lo sustente y cuente con el concepto favorable de la Corporación. Parágrafo 2: Los ciclos de corte no podrán ser inferiores a doce (12) meses. Parágrafo 3: Los guaduales naturales con densidades totales inferiores a 2000 tallos o culmos por hectárea no serán objeto de aprovechamiento, sino de labores silviculturales para su mejoramiento, tales como, socola, desganche, arreglo de tocones, extracción de guadua seca y partida, eliminación de tallos o culmos con problemas fitosanitarios y abono y/o fertilización”.

Como conclusión del informe se establece que “el predio no cuenta con ninguna autorización de aprovechamiento forestal vigente por parte de CORPOCALDAS, Se aprovechan varios rodales sin la respectiva autorización de aprovechamiento forestal vigente por parte de CORPOCALDAS, Todos los rodales cuentan con un sobre aprovechamiento superior al 40%, lo que no está permitido por la Corporación, los cortes de los culmos están mal realizados en un alto porcentaje, se observa que algunos culmos aprovechados están viches, no tuvieron en cuenta las buenas prácticas de manejo del gradual antes, durante y después del aprovechamiento, al material cortado se le realizó decomiso preventivo y su volumen aproximado es de 7 m³ de la especie guadua angustifolia (...) las labores realizadas dentro del rodal fueron efectuadas sin contar con autorización de la Corporación, violando la normatividad vigente en materia forestal. De acuerdo a lo anterior, se recomienda: suspender el desarrollo de toda actividad de intervención forestal o de guadua en el predio mencionado sin contar con la respectiva autorización de la Corporación, efectuar la extracción de los individuos doblados, con el fin de permitir la regeneración natural de chusquines y la nueva formación de sotobosques en un sector perteneciente a la faja protectora de las fuentes

que transcurre por el predio, recoger todos los escombros producto de la intervención ya que este material podría servirle de combustible e iniciar un incendio forestal, organizarlo en un terreno libre de vegetación arbustiva o árboles, quedan totalmente prohibidas las quemas, efectuar el arreglo de tocones, de modo que queden a ras del primero o segundo nudo próximo al suelo, con el fin de conservar la vegetación nativa de las fuentes hídricas que se encuentran dentro de este predio, se deberán delimitar dichas fajas teniendo como referencia la resolución 077 de 2011 de Corpocaldas, sobre delimitación de fajas protectoras rurales, permitir la regeneración natural del área del rodal intervenido, realizar el registro de todos los rodales de guaduas existentes en el predio, no aplicar plaguicidas en un área 30 m a la redonda de las fuentes hídricas, técnicos adscritos a la subdirección de recursos naturales de Corpocaldas, podrán practicar visitas de monitoreo y control con el fin de constatar el cumplimiento de las recomendaciones”

Con lo anterior, COPORCALDAS adelantó proceso sancionatorio ambiental en contra de la empresa propietaria del predio.

Caso No. 4: El 30 de Mayo de 2011, funcionarios de la policía judicial en asocio con un geólogo de la Delegación minera de Caldas, realizaron recorrido en la vereda El Vaticano, zona rural del municipio de Neira – Caldas, donde hallaron a orillas del río Cauca, una explotación de yacimiento minero con una estructura a través de cúbicos y un socavón en el cual se encontraban laborando 15 personas con herramientas manuales cumpliendo con labores propias de la explotación minera, por lo que son capturados y dejados a disposición de la Fiscalía Seccional, quien ordena su libertad, considerando que no se contaba con el informe técnico requerido para tipificar la conducta, hasta ese momento.

Posteriormente, se obtuvo informe de la Corporación de fecha 16/08/2011 en el cual se establece que “dichas personas no cuentan con los respectivos permisos o contratos de concesión minera, el cual debe estar inscrito en el Registro Minero Nacional, además, que debe tener aprobado la licencia ambiental junto con el programa

de trabajos y obras para poder ejercer labores de explotación minera por parte de CORPOCALDAS, determinándose que es una actividad ilegal sin autorización del titular minero. En dicho informe se advierte que las bocaminas visitadas presentan graves riesgos de sufrir deslizamientos, ya que están ubicadas en un lugar de alta pendiente y no existen obras como terraplenes, bancos o terrazas que estabilicen el terreno, la zona presenta situación desfavorable para la estabilidad del talud debido a la presencia de aguas subterráneas producto de la cercanía del río Cauca, en estas explotaciones se deben definir muy bien las cunetas y vías de drenajes ya que la escorrentía que presenta la zona podría abrir sus propias vías para proseguir su camino acarreado saturación del terreno” (...) se pudo evidenciar que no hay un manejo ambiental de la explotación ya que todo el material extraído es beneficiado en fosas en donde no existen piscinas de sedimentación ni tampoco un botadero del material que no es de interés, motivo por el cual todos estos productos van a parar directamente al cauce del río cauca. Esta explotación debe suspenderse ya que no cuenta con el contrato de concesión minera”.

Caso No. 5: El 05/05/2010, se realizó una tala de árboles en una zona que se encuentra protegida según el Plan de ordenamiento territorial y hace parte de la reserva forestal Parque Los Yarumos de Manizales, sector La Carola. La madera se encontraba al borde la carretera y fue incautada por funcionarios de policía judicial y de CORPOCALDAS y se trataba de 543 trozos de pino ciprés.

Según informe técnico del 12/08/2010, la Corporación establece que “el predio (...) pertenece al municipio y pertenece a un área de interés ambiental. (...) dentro del predio existen varias zonas que han sido intervenidas. El predio está siendo intervenido mediante 47 árboles plantados de Ciprés y la tala de 107 árboles fuera de esta área, dentro de predios del municipio, sin autorización ni registro por parte de la autoridad competente, invasión de predios del municipio mediante tala de árboles y siembra de una nueva plantación de pino pátula cuyos árboles tienen alrededor de un metro de altura, presencia de 543 trozos de madera de 11/2 metros de largo de la especie ciprés que arrojan un volumen de 27m³ las cuales se decomisaron preventivamente, invasión

de un predio propiedad de un particular, el cual se encuentra catalogado dentro del POT como ladera perimetral al ecoparque los yarumos. En síntesis, el área de interés ambiental “Los yarumos” está siendo intervenida mediante tala de árboles de Ciprés con el fin de aprovechar comercialmente la madera. (...) el área de interés ambiental está siendo sometida a intensa deforestación causada por un invasor que quiere apropiarse de la madera existente. La actividad de tala que se está ejerciendo sobre el predio no es compatible con la aptitud forestal protectora de los suelos de dicha área. Bajo este escenario y ante la pérdida de cobertura vegetal protectora y el aumento de los procesos erosivos, los niveles de riesgo podrían aumentar a corto plazo, toda vez que la vegetación ha ido desapareciendo y su función protectora del suelo también lo cual podría generar procesos que comprometen la estabilidad del área y por lo tanto de los barrios Sinaí y Solferino. (...) la zona se considera como NO APTA PARA CULTIVOS, NO APTA PARA LA CONSTRUCCION y por lo tanto debe permanecer con cobertura vegetal arbórea protectora. Los recursos naturales se están viendo afectados gravemente y los perjuicios ambientales que se están presentando son: 1) sobre la vegetación: erradicación, socola. 2) Sobre el suelo: compactación y generación de procesos erosivos, 3) degeneración del área de interés ambiental por la pérdida de la cobertura vegetal, generación e incremento de procesos erosivos, cambio del uso del suelo (...)

La Corporación inicia proceso administrativo sancionatorio contra el infractor.

Caso No. 6: El día 22/08/2013, siendo las 12.00 horas, fueron capturadas varias personas que se encontraban en una finca ubicada en la vereda el Empalme de la vereda tareas en el municipio de Neira – Caldas; dichas personas realizaban labores de corte de flora tipo Guadua Angustifolia, sin permiso de autoridad competente. Verificado, se encontró que el predio no contaba con autorización para aprovechamiento forestal de guadua expedido por la Corporación, además que la actividades desplegadas no se realizan con ningún tratamiento silvicultura que permita la conservación del recurso, con lo cual se pone en peligro el hábitat.

Puestos a disposición de la Fiscalía seccional, se ordenó la libertad de los capturados toda vez que para ese momento no se contaba con los soportes técnicos sobre la real afectación ocasionada con la tala de flora.

Según informe técnico de CORPOCALDAS de fecha 22/11/2013, se encontró “que la finca tiene 5 hectáreas cultivadas en caña y el resto se encuentra en rodales de guaduas que se ubican en las cañadas o vagas como protección de pequeños cauces que pasan por este predio y que vienen de la parte alta de la montaña. En los rodales no hay nacimientos de agua sino cauces que pasan por medio de éstos. Según la propietaria del predio, la mayor parte de los Guadales fueron plantados porque el comité de cafeteros estableció un vivero de guadua en esa finca, con el propósito de vender a la comunidad, pero que ella plantó mucho más en las quebradas y con el tiempo se ampliaron los rodales, el guadual que se intervino mediante tala rasa se considera bosque natural, dado que si bien la propietaria afirma que fue plantado, en este momento no existe ninguna evidencia de tal hecho y su desarrollo actual lo muestra. (...) 1. CORPOCALDAS no autorizó tala ni aprovechamiento de una parte del rodal de guadua existente en el predio 2. La tala tenía como propósito fines lucrativos, porque se había cortado en trozas y estaba lista para ser transportada (...) 3. La tala rasa ocupó una superficie de 6.800 metros cuadrados del rodal de guadua, afectando el drenaje de agua que pasa por medio del guadual y desemboca al río tareas, desprotegiéndolo totalmente, el cual cumplía la función de faja forestal protectora (...) 4. Los cortes de la guadua que fueron dejados a 40 centímetros de altura y con cavidades, ocasionan deterioro a los rizomas, ya que la mayoría se afecta por pudrición, disminuyendo la regeneración natural. 5. En el momento de la visita, se constató que hay pocos renuevos de guadua emergidos y todo el lugar se encuentra con arvenses y rastrojo bajo. 6. Las acciones realizadas en esta parte del rodal de guadua infringen la norma unificada para el manejo y aprovechamiento de Guadua y la resolución 077 del 2011”

Los hechos fueron conocidos mediante denuncia en la cual se informa que el propietario de una Finca encontró en el interior de ella a varios sujetos que estaban amojonando y habían instalado equipos de topografía, identificándose como

funcionarios de CORPOCALDAS, por lo que dirigió un oficio a CORPOCALDAS encontrando que dichas personas no se hallaban vinculadas a esta entidad.

Adelantada la investigación penal, se encontró que tales sujetos fueron contratados por una empresa de explotación de material de río y que el encargado de dicha actividad contaba con la licencia ambiental suspendida temporalmente. Realizada inspección al lugar de los hechos, se encontró que en la playa de la finca del denunciante, se hallaba organización de piedras de río lo que generó que el cauce del río cambiara, generando daños y perjuicios.

Según informe de la Corporación, tanto ella como la Delegación Minera, “adelantan acciones de manera conjunta; así la Delegación Minera debe proceder con respecto a la no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos en el Código de Minas (..) entre tanto, entre las actividades realizadas por CORPOCALDAS se recomendó a la Secretaría de tomar medidas en contra del beneficiario de la licencia ambiental y la presentación de una propuesta técnica para el control del avance del proceso erosivo que está afectando la margen derecha del río Chinchiná, específicamente en el predio del denunciante. Igualmente, imponer al beneficiario de la licencia ambiental, la suspensión temporal de la explotación de materiales de construcción en el río Chinchiná (...)” y el inicio de proceso sancionatorio por el incumplimiento evidenciado.

Mediante informe técnico del 29/10/2012, la CORPORACION concluyó que “el titular de los contratos de concesión no cumple la mayoría de las obligaciones derivadas de la licencia ambiental, situación que afecta a diversos bienes de protección, principalmente los que conforman los componentes físico, biótico y social. (...)” y como recomendaciones “tomar las medidas que la Secretaría considere pertinentes en contra del beneficiario de la licencia ambiental, por los incumplimientos descritos en el informe y solicitar al beneficiario de la licencia ambiental que controle el avance de la socavación presentada en la margen derecha del río Chinchiná, (...) medidas que deben ser sustentadas técnicamente a través de una propuesta que debe ser allegada a

CORPOCALDAS para que sea evaluada y aprobada por personal técnico adscrito a la Subdirección de recursos naturales.”

Caso No. 7 En Manizales, se constató la ocupación e intervención ilegal de un cauce por la adecuación de una escombrera y la canalización del curso del agua a través de una estructura – box coulvert, afectando la margen derecha del cauce de un río, con la acumulación de material y la eliminación de las especies arbóreas y la vegetación productora se conformó un relleno de escombros y tierra para la adecuación de un parqueadero. Según informe técnico suscrito por CORPOCALDAS el día 30/03/2009, “se corroboró la ocupación e intervención de un cauce (...) Que discurre en dirección sur hacia un afluente del río Chinchiná (...) por la adecuación de una escombrera afectando la margen derecha del cauce. Se configura la invasión de la franja de retiro mínima de 15 metros, establecida para la zona urbana por el plan de ordenamiento territorial (POT) de Manizales. Recomendaciones: (...) 2. Oficiar al responsable de la intervención y afectación con escombros y tierra sobre el cauce y la franja de retiro del mismo (...)”

La Corporación, con base en dicho informe adelantó proceso sancionatorio, al considerar que el implicado se encontraba incumpliendo los artículos 35, 102 y 204 del Decreto 2811 de 1974 los cuales prohíben descargar, sin autorización, los residuos, basuras y desperdicios que deterioren el suelo o causen daños a individuos o núcleos humanos, ordenan cumplir con los requisitos que debe tener quien pretenda construir obras que ocupen el cauce de una corriente o depósito de agua y regulan la obligación de proteger las áreas y recursos forestales; igualmente, lo establecido en el artículo 328 del decreto 1541 de 1978, el cual prohíbe producir la alteración nociva del flujo de las aguas y los cambios nocivos del lecho o cauce de las mismas. Advierte que, en diligencia de descargos, “el infractor niega estar ocupando el cauce de las aguas de una cañada y explica que las obras realizadas se hicieron con el fin de encauzar las aguas residuales de veinte viviendas del sector. No obstante, verificado por la visita técnica realizada, se comprobó la realización de actividades tendientes a la conformación de una escombrera, para lo cual se intervino el cauce afectando el área forestal protectora del mismo sin

contar con los permisos previos que debía obtener. En consecuencia, se declaró responsable y se impuso una sanción consistente en el pago de una multa de \$1.000.000 mcte, así como “la obligación de abstenerse de continuar realizando actividades tendientes a la conformación de la escombrera en el predio de su propiedad”, además, de “implementar un plan de reconfiguración y restitución morfológica sobre las pendientes impuestas que incluya el perfilado en escalones, obras de bioingeniería tipo trinchos que ayuden a la estabilización de los taludes y re vegetalización total de la margen derecha del cauce, con especies arbóreas propias del sitio, como mínimo en la faja de 15 metros que corresponde a la zona de ronda y despejar totalmente el cauce de inmediato (Lámina de flujo de la quebrada) de escombros y residuos, de manera que permita el flujo normal de la corriente”, obligaciones de hacer que no cumplió.

A ello se le sumó el concepto de la Sociedad Caldense de Ingenieros, quien presentó informe No. SCIA 191, en el cual realizó recomendaciones de suspensión del llenado con materiales inadecuados que se realizaba para ese momento en ese barrio; relleno sobre un cauce de aguas, debajo de la antigua vía a Villamaría, con el cual se ejecuta el movimiento de tierra por parte de algunas personas que no cuentan con licencia de construcción. Dicho informe recomienda “suspender de forma indefinida los trabajos que se ejecutan en el sector por no contar con diseños aprobados, por realizarse con materiales inadecuados y no haber sido ejecutados técnicamente con los procedimientos constructivos que se establecen en la buena práctica de la ingeniería, además, por no contar con licencia de construcción”. Igualmente, recomendó “elaborar el proyecto de movimiento de tierras y estudio de suelos que incluya manejo de aguas, drenaje superficial y subterráneo y evitar que volquetas sigan botando materiales sobrantes sobre el relleno ya que no ofrece garantías técnicas de estabilidad y no está autorizado por las autoridades municipales”.

Con base en lo anterior y en visitas realizadas los días 18 de Marzo y 8 de Abril de 2011 mediante las cuales se pudo constatar que el infractor continuaba con el botadero de escombros y la construcción del parqueadero, decidió “DECLARAR en estado de ruina e inminente peligro y riesgo al predio, ORDENAR al infractor el retiro

de los materiales depositados y el tratamiento de la zona dentro de las 24 horas siguientes a la ejecutoria del acto, por la amenaza seria de las vidas existentes en el sector, y ORDENAR el cobro de multas sucesivas de que trata el artículo 64 del CCA, con un debido cobrar a favor de la tesorería municipal de Manizales”.

5.1.1 A manera de síntesis sobre los Casos Tipo A

En este capítulo se encuentran relacionados diferentes casos que resultaron ser insumos valiosos, aun sin contar con mayores avances que permitieran concretar lo pretendido con el ejercicio académico en relación con la aplicación de la figura jurídica estudiada.

En estos casos, se determinó que las acciones evidenciadas y puestas en conocimiento de la Fiscalía por CORPOCALDAS y la Secretaría de Ambiente de la ciudad de Bogotá, pueden encuadrarse en los delitos de Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables establecido en el artículo 328 del Código Penal, Daños en los recursos naturales establecido en el artículo 331 del Código Penal y Explotación Ilícita de yacimiento minero y otros materiales, establecido en el artículo 338 del mismo código. Es por esto que, con los conceptos e informes presentados se atiende a lo normado en el artículo 10 del Código Penal actual, pues, se puede decir que en ellos existe tipicidad de la acción, al encuadrarse cada uno de los comportamientos registrados en los diferentes tipos penales relacionados.

Igualmente, en los casos estudiados se logra establecer, conforme lo regulado en el artículo 11 del mismo código, que esas conductas típicas han lesionado y puesto en peligro sin justa causa el ambiente, toda vez que se en cada uno de los conceptos allegados se detallan las consecuencias de las acciones realizadas, así como las acciones preventivas o restaurativas que se requieren para resarcir los daños ocasionados; y es que resulta interesante ver cómo desde el inicio de las valoraciones realizadas por los profesionales adscritos a esas entidades, además de establecerse las consecuencias de los actos producidos por los infractores, se proponen obligaciones de recuperar las

zonas y especies afectadas, lo que, redundando en beneficios para el ambiente. Dichas propuestas siendo preventivas, permiten que el infractor resarza, en parte, el daño causado, lo que resulta una característica importante a tener en cuenta al momento de estudiar la viabilidad de aplicación del Principio de Oportunidad dentro del proceso penal, considerando los fines que éste persigue, pues, en el procedimiento para su aplicación, se encuentra la etapa de suspensión de la acción penal en la cual se pueden imponer obligaciones a cumplir, mediante las cuales se logran los mismos fines propuesto por los profesionales adscritos a las autoridades ambientales en cada uno de sus conceptos.

Por otro lado, se observa cómo las normas ambientales, los informes aportados y las acciones tomadas por las entidades relacionadas, se integran con las normas penales logrando llenar los vacíos legales, pues, se requiere de la infracción de una norma administrativa ambiental para que se pueda integrar cada uno de los tipos, tal como sucede en los casos arriba relacionados ya que si notamos, en el momento en que el código penal cita el incumplimiento de “*la normatividad existente*” o del “*permiso de la autoridad competente*”, invita al derecho ambiental a establecer esa normatividad reguladora, la cual, en estos casos, resulta materializada en la Resolución No. 1333 de 1997 del DAMA y el decreto 190 de 2004, para el caso sucedido en la ciudad de Bogotá - primer caso, los Decretos 1791 de 1996 y 948 de 1995 en el segundo, la Resolución 077 de 2011 de CORPORCALDAS en el tercer, sexto y séptimo caso, la normatividad que regula los permisos o contratos de concesión minera, en el cuarto, el Plan de Ordenamiento Territorial del Caldas, en el penúltimo caso y los Decretos 2811 de 1974 y 1541 de 1978, en el último.

En relación con la culpabilidad, vemos cómo cada una de las actividades delictuales relacionadas se presentan en cabeza de una persona natural cuya conducta individual es reprochada. Habiéndose recaudado los elementos materiales probatorios y evidencia física mediante los cuales se ha inferido razonablemente que los sujetos relacionados en cada caso son los responsables de los delitos materializados, deberán ser vinculados al proceso penal por medio de la formulación de imputación a la cual le

seguiría la presentación del escrito de acusación y, en caso de resultar viable, antes de la sustentación de dicha acusación, la aplicación del Principio de Oportunidad en la modalidad de suspensión, imponiendo, en el periodo de prueba que este requiere, obligaciones – a la luz de los principios ambientales - dirigidas a garantizar el resarcimiento de perjuicios y la no repetición de la conducta, en el marco de la justicia restaurativa, considerando la afectación que se presentó, según el concepto aportado por el profesional en el informe técnico presentado.

En el primer caso relacionado, mismo que se continuará siendo analizando en el capítulo siguiente, los hechos se presentaron en la ciudad de Bogotá, lugar donde el proceso penal fue adelantado hasta su culminación por la Fiscalía Seccional y dentro del cual se dio aplicación al Principio de Oportunidad; dicha figura fue estimada como una herramienta de resarcimiento de perjuicios y garante de la no repetición de la conducta por parte del indiciado y para su aplicación se tuvo en cuenta la afectación que se presentó al medio ambiente y las obligaciones impuestas por la Secretaría de Ambiente del Distrito con las cuales se buscó el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al ambiente.

En el caso examine, el bien jurídico tutelado es el ambiente y los recursos naturales, especialmente los protegidos en el parque Entrenubes, por lo que se podría pensar que resultaría imposible la aplicación de la figura en razón a la importancia que reviste el lugar donde ocurrieron los hechos, lo que podría agravar la pena a la luz de lo establecido en el artículo 331 del CP; sin embargo, se observa que, para la Secretaría del Ambiente, como garante de la víctima dentro de dicho proceso, el adelantar el proceso en torno a una sentencia no constituía un aporte al resarcimiento de perjuicios como sí resultó serlo la labor cumplida por el acusado, pues, los beneficios que trajo para el área protegida resultaron ser mayores que la penalización de su actuar.

5.2 Casos Tipo B

Caso No. 1: Algunos residentes de una vereda en Manizales, denuncian irregularidades de las cuales dicen ser víctima, en razón al manejo del agua integral (de consumo y residual) a manos de la empresa de aguas y el municipio, quienes desde el año 2000 vienen ejecutando obras civiles, movimientos de tierra y construcciones dirigidas al servicio de acueducto de otra vereda adjunta y dos condominios del sector, y desde el año 2005, las obras para el alcantarillado de la primera de las veredas, suspendidas y abandonadas a inicio del año 2007.

Según oficio del 17/06/2010, la Corporación informa que “ha obrado en estricto cumplimiento del deber legal, pues, según auto del 11/02/2008 se admitió solicitud de la empresa de Aguas de esta ciudad, con el fin de obtener permiso de vertimientos para dicho proyecto de la construcción del alcantarillado de la Vereda, en los términos del decreto 1541 de 1978 (...) El permiso de vertimientos fue solicitado en la oportunidad debida, en tanto el sistema aún no se encuentra en marcha y el vertimiento no se ha generado a cargo de la prestadora (...) Finalmente, la Subdirección de recursos naturales de Corpocaldas, otorgó permiso a la empresa de Aguas, por el descole de la planta de tratamiento de aguas residuales (...) con vertimiento final sobre la quebrada Boletas”.

Advierte la Corporación que, “al acto administrativo mencionado, la empresa de Aguas presentó recurso de reposición, argumentando que no es viable el cumplimiento de las obligaciones (...) toda vez que las obras de construcción de la planta de tratamiento fueron suspendidas por problemas con los propietarios de los predios e inconvenientes en las servidumbres de los predios e inconvenientes en las servidumbres con predios vecinos a la planta”. En razón de ello, la Corporación modificó la resolución y, mediante otro acto administrativo, indicó que “el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el seguimiento al funcionamiento de la planta de

tratamiento se debería realizar una vez ésta entrara en funcionamiento, mediante fecha que sería reportada oportunamente por la empresa Aguas de Manizales.”

Entre tanto, Aguas de Manizales advierte a la Fiscalía General de la nación, en atención a requerimiento elevado que “en la vereda existe una red de alcantarillado construida desde el año 2007, la cual no ha sido posible poner en funcionamiento debido a que se ha negado el permiso por parte de los propietarios del predio para culminar las obras relacionadas con la planta de tratamiento de aguas residuales. Cabe anotar que el tratamiento de aguas residuales es requisito fundamental para poder poner en funcionamiento la red de alcantarillado según la autoridad ambiental competente (...) por este motivo, la empresa de aguas del municipio no realiza ningún tipo de cobro asociado a la prestación del servicio de alcantarillado a sus usuarios a pesar que continuamente realiza labores de mantenimiento como revisiones, inspecciones con la unidad de diagnóstico, cambio de tapas de cámaras de inspección y lavado de redes con el equipo Vactor (...) mientras las redes del alcantarillado no estén funcionando oficialmente los responsables del manejo, tratamiento y adecuación de las aguas residuales domésticas son los usuarios, los cuales en su mayoría, cuentan con sistemas sépticos individuales. (...) para que la red de alcantarillado pueda funcionar es necesario terminar de construir la planta de tratamiento de aguas residuales y para poder terminar de construir la planta es necesario contar con el permiso de los propietarios del predio (...)”.

Finalmente, el 21/12/2011, advierte la Corporación que “*respecto a la gravedad de las posibles afectaciones*“(...) causadas por las viviendas que realizan vertimientos directos sobre el suelo o fuentes hídricas de la zona “no existen estudios que puedan determinar los grados de efecto nocivo causados sobre los recursos suelo y agua, teniendo en cuenta que los vertimientos son dispersos por no poderse conectar a la red de alcantarillado”

Caso No. 2: El día 11/03/2013, la policía judicial SIJIN informa que el 22/02/2013 fueron informados de que el propietario de una vivienda de esta de Manizales, se hallaban ejemplares de fauna silvestre y que el propietario del predio no

permitió la entrada a la vivienda a realizar la respectiva inspección, considerando que para ello se requería orden a la Fiscalía General de la Nación, por lo que la policía judicial solicita una orden para allanar dicho inmueble argumentando la necesidad de recuperar los ejemplares. Sin más datos.

No se cuenta con informe de la Corporación.

Caso No. 3: Según denuncia formulada, el día 10/11/2009 se tuvo conocimiento de que en una finca de la vereda del municipio de Neira – Caldas se encontraban algunas personas cortando árboles de cedro, mango, churimo y pisamo, material que no era transportado y que se encontraba en predios de la finca. Las personas son identificadas y los elementos que llevaban consigo, incautados.

Mediante informe de policía judicial, “no se determina que los troncos que fueron recuperados hubieran sido talados en el predio, pues, aunque el día de la diligencia CORPOCALDAS los dejó en custodia en el mismo predio en que fueron encontrados, posteriormente, no se hallaron en el mismo lugar”. También se estableció que, “según la resolución 383 de 2010 expedida por el Ministerio del Medio Ambiente, los especímenes forestales de mango, churimo y pisamo no aparecen incluidos en dicha lista por lo que se estaría en un taxón de la categoría NO EVALUADOS”.

La Corporación el 19/11/2009 adelanta proceso administrativo sancionatorio a la persona responsable del corte, conforme la infracción contenida en el artículo 23 del decreto 1791 de 1996 mediante la cual se establece la autorización que deben tener las personas naturales o jurídicas que pretendan realizar aprovechamiento de bosques naturales o productos de flora silvestre; sin embargo, según concepto técnico de CORPORCALDAS del 28/06/2010, “los árboles de cedro rosado se encontraban sembrados como sistema pastoril de carácter productor, considerado como tales a pesar de que los potreros se encuentren enrastrados por falta de mantenimiento, por lo tanto son considerados plantación, de conformidad con el decreto 1498/2008 (...) el árbol de mango es considerado de uso agrícola que puede ser erradicado por el propietario

cuando este lo considere necesario. No se observó la afectación de fuentes de agua; cabe resaltar que debido al tiempo transcurrido desde el aprovechamiento, la humedad de la zona y lo enastrojado de la misma, se hace muy difícil detectar en su totalidad los posibles tacones de árboles que pudieron ser aprovechados. Se aclara que no hay indicios de aprovechamientos forestales recientes.”

Caso No. 4: Los hechos se dan a conocer mediante oficio dirigido a la Fiscalía General de la Nación, por parte de la Alcaldía Municipal de Manizales, en el cual informan que en un barrio en la vía panamericana, un invasor y ocupante está ocasionando graves daños a una ladera catalogada como de protección ambiental y quien se niega a suspender la obra colocando en graves riesgos a muchas personas por peligro de desprendimiento de tierra sobre la carreta Panamericana.

Se advierten visitas realizadas al sector por parte de la Personería Municipal, la Policía Nacional, la comisaría segunda de familia y la Alcaldía, encontrando la improvisada vivienda pero no a su morador. En dicha visita se establece el deterioro causado al terreno en virtud de la socavación por el movimiento de tierra, predio que pertenece a la ladera protegida no construible, según el Plan de ordenamiento territorial de Manizales; agencia del Ministerio público que sugirió “poner en conocimiento de la fiscalía el asunto para que se investigue al presunto invasor u ocupante del predio por los daños ambientales que le haya ocasionado a la ladera y la puesta en riesgo de la vida de muchas personas, pues, es tanto el daño ocasionado que el ministerio público recomendó el cierre del carril vial aledaño a la ladera por el peligro del desprendimiento”.

Así mismo, se solicitó visita técnica al director técnico del OMPAD Alcaldía, con el fin de que se realizara la evacuación inmediata porque el terreno presenta condiciones de alta humedad, condiciones de plasticidad del terreno perdida de capa vegetal con una pendiente del 90%, lo que representa una lata peligrosidad por un deslizamiento de tierra, resultando necesario ordenar el retiro de la vivienda y consecuentemente recuperar la ladera.

Según concepto de CORPOCALDAS, del 31/05/2013, esa Corporación “no adelanta procesos administrativos al respecto y la administración de las laderas son competencia de la administración municipal, que al momento de la visita por parte de la Corporación, no se encontraron talas recientes ya que el sitio estaba adecuado hace tiempo atrás (...)”

Caso No. 5: Los hechos sucedieron el día 15/08/2013, en la antigua vía férrea que de Chinchiná conduce al municipio de Villamaría – Caldas, vereda río Claro, después de que policías de carreteras interceptaran un vehículo que transportaba madera, por lo que consultado el responsable no presentó permiso para el transporte de la madera, motivo por el cual fue aprehendido y dejado a disposición de la Fiscalía competente.

Según el informe mediante el cual se deja a disposición la madera y el capturado, “los técnicos de CORPOCALDAS, manifestaron que no se hacía estudio técnico o peritaje a la madera por no ser una especie protegida o en vía de extinción y que la irregularidad que presentaba era no tener el permiso para su aprovechamiento y transporte, lo que no determina de qué sitio fueron talados los árboles de nogal” Con el informe allegan acta única de control al tráfico ilegal de flora y fauna silvestre en la cual se relacionan las características de la madera transportada. (subrayas por fuera de texto)

El Fiscal de conocimiento, ordena la libertad del aprehendido, considerando que “aun existiendo una posible situación de flagrancia, el informe de policía judicial no anexa fotografías de las especies incautadas y que, el Acta de Control al Tráfico Ilegal de Flora y Fauna Silvestre elaborada en copia solo muestra una descripción cualitativa de la especie incautada por un miembro de CORPOCALDAS, sin que se haya demostrado su calidad de perito experto para emitir conceptos frente a la especie vegetal, objeto material del ilícito. Tampoco manifestó en su acta cuáles son las características de esta especie que la catalogan con el nombre que allí se anotó (...) en

síntesis, una cosa es el Acta de Control al Tráfico Ilegal de Flora y Fauna Silvestre y otra muy diferente el peritazgo realizado a las especies incautadas, peritazgo que se hace necesario a fin de determinar la clase de flora; si está en vía de extinción y si se requiere de permiso especial para su transporte y comercialización, por lo que será a través de un programa metodológico que se puedan establecer estas circunstancias que permitan tomar decisiones en este asunto”

Caso No. 6: En el mes de Octubre de 2011, varias personas de manera violenta y sin autorización del propietario de un predio ubicado en un barrio de Manizales, violentamente tumbaron el cerco y cortaron parte del alambrado que sirve de lindero. Advierte el denunciante que, “una vez perpetrado el daño, tumbaron árboles y guaduas que crecían naturalmente en el predio y procedieron a banquear el terreno de su propiedad para construir un camino hacia un nacimiento de agua que se encuentra aproximadamente a unos 40 metros de distancia desde el cerco que dañaron”. Advierte que “el predio en el cual se cometieron los ilícitos, se encuentra dentro del plan de ordenamiento territorial, como zona de protección ambiental”.

Consultada la Corporación, mediante oficio 500-5275 del 19/03/2013, estableció que el día 14/03/2013 se realizó visita a la ladera de la parte posterior de la vivienda, “donde se observó un antiguo deslizamiento que taponó algunos canales colectores de aguas de escorrentía. No se evidencia ningún tipo de tala o deforestación, en cambio se observa un buen desarrollo de la cobertura vegetal con predominio de especies como matandrea, guadua, rascadera, arboloco y pastos, las cuales protegen la ladera de la acción directa de las gotas de lluvia”, por lo que, “1. No se evidencia daño ambiental en la zona objeto de la visita y mucho menos intervención de la flora de la zona mediante la tala. 2. Durante finales del 2011, se recibieron denuncias por tala, las cuales no prosperaron puesto que no se evidenciaron daños a los recursos naturales. 3. Respecto a la información suministrada para la búsqueda del expediente con relación a tala y destrucción de flora, se revisó en la base de datos y no fue posible determinar la existencia de expediente alguno”

Caso No. 7: Mediante denuncia formulada el 20/06/2009, se pone en conocimiento irregularidades de una Industria Caldense, en cuanto a la parte ambiental y el tratamiento de las vinazas, el cual resultaba inviable según estudio realizado en el año 1992 por la Facultad de Ingeniería y Arquitectura de la Universidad Nacional.

Según concepto de CORPOCALDAS, “La Industria, posee un plan de manejo ambiental aprobado según resolución del 2010, mediante la cual se otorgó permiso de vertimientos y, actualmente no existen procesos contravencionales vigentes contra dicha Industria. Durante la vigencia 2010-2011, se realizaron dos visitas de seguimiento a la planta de tratamiento de vinazas, cada una correspondiente a cada vigencia anual. Los informes reportados por la Industria y autorizados por la Corporación – vía permiso de vertimiento – son: el afluyente de la planta de tratamiento de Vinazas y el vertimiento doméstico, los cuales son entregados sobre una quebrada en Manizales (...) A través de un contrato se realizó un proyecto orientado al seguimiento de la calidad de los vertimientos de algunas empresas del sector industrial, dentro de las cuales se realizó el monitoreo sobre los vertimientos de la Industria denunciada y en la actualidad el producto de este proyecto está en evaluación por parte de la Corporación para aplicar medidas correspondiente a usuarios objeto de seguimiento”.

Caso No. 8: Según denuncia formulada se presenta afectación de los guaduales existentes en un predio de la vereda la Florida de Villamaría - Caldas, propiedad de una constructora, en el cual se han realizado labores de extracción de Guaduas y rizomas de la misma especie dentro de los rodales de un proyecto urbanístico, sin contar con la autorización de aprovechamiento forestal por parte de CORPOCALDAS.

La Corporación realiza visita al proyecto urbanístico y efectúa recomendaciones a la constructora encargada, tendientes a solucionar la situación encontrada, dando traslado del informe a la Secretaría General para dar inicio al respectivo proceso sancionatorio ambiental, si a ello hubiere lugar.

5.2.1 A manera de síntesis sobre los Casos Tipo B

En este capítulo se encuentran relacionados diferentes casos que no cuentan con los requisitos necesarios para dar inicio o continuar con la acción penal, pues, en algunos de ellos solo se configuran infracciones administrativas ambientales, mientras que en otros casos puede observarse la constitución de delitos contra el patrimonio económico como daño en bien ajeno, o situaciones que aun pudiendo imprimir contaminación a cualquier nivel, no se tipifican como tal por encontrarse trabadas en trámites entre particulares y empresas públicas que deben ser atendidas a ese nivel. También se encuentran informaciones que no pueden ser constatadas por las autoridades y que por la misma razón, no logran alcanzar su caracterización típica, pues, no se advierte la afectación a nivel del ambiente o de los recursos naturales; en otros casos, se adolece del concepto técnico que debe ser proferido por el profesional adscrito a la autoridad ambiental.

En estos casos, además, se debe atender al

principio de culpabilidad, derivado de artículo 29 de la Carta Política y que en nuestro ordenamiento tiene las siguientes consecuencias: (i) El Derecho penal de acto, por el cual “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. (iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (Corte Constitucional, Sentencia C -365 de 2012).

Y es que, a la luz de la presunción de inocencia consagrada en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal, “la duda se resolverá a favor del procesado” por lo que en este orden de ideas, se entenderá que aunque el actuar del implicado (indiciado) pudo ocasionar consecuencias para el ambiente, no existen elementos materiales probatorios suficientes que permitan su judicialización ni la imposición de sanción alguna a los ojos del derecho penal, como sí ser objeto de investigaciones sancionatorias bajo la normatividad administrativa y ambiental, pues, la potestad sancionadora implícita en ellas, puede adelantarse de forma independiente tal y como lo relaciona el artículo 28 de la Ley 491 de 1999³⁶.

Es por todo esto que, se considera que los casos estudiados no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 9º del Código Penal actual, pues, en ninguno de los casos se logra establecer la materialidad del asunto ante el derecho penal, sino actuaciones que deben ser atendidas mediante procedimientos administrativos sancionatorios y otros de tipo preventivo. En éstos, se encuentran inmersas situaciones que no revisten las características de un delito por lo que deberá establecer de manera certera que no se constatan motivos o circunstancias fácticas para continuar, y se podrá disponer el archivo provisional conforme lo establece el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, tomando como ejemplo el primer caso relacionado en este literal, se diría que se podría tipificar el delito de Contaminación Ambiental establecido en el artículo 332 del Código Penal, pues, al parecer, existe “un mal manejo del agua integral (de consumo y residual) a manos de la empresa de aguas y el municipio” y que dichas empresas, en cabeza de sus representantes, se encuentran “incumpliendo la

³⁶ Artículo 28. “Confluencia de sanciones administrativas: Créase el artículo 247D cuyo tenor es el siguiente: Confluencia de sanciones administrativas. Las sanciones previstas para los delitos contra el ambiente natural se aplicarán sin perjuicio de las sanciones administrativas que se le hubieron impuesto por la misma conducta. El juez podrá valorar la disminución de la sanción pecuniaria impuesta hasta confluencia del monto efectivamente cancelado por orden de cualquiera otra autoridad administrativa”.

normatividad existente” y “dañando los recursos naturales”; sin embargo, se encuentra que la Corporación informa que “ha obrado en estricto cumplimiento del deber legal, pues, según auto del 11/02/2008 se admitió solicitud de la empresa de Aguas de esta ciudad, con el fin de obtener permiso de vertimientos para dicho proyecto de la construcción del alcantarillado de la Vereda, en los términos del decreto 1541 de 1978 (...) El permiso de vertimientos fue solicitado en la oportunidad debida, en tanto el sistema aún no se encuentra en marcha y el vertimiento no se ha generado a cargo de la prestadora (...) Finalmente, la Subdirección de recursos naturales de la autoridad ambiental, otorgó permiso a la empresa de Aguas, por el descole de la planta de tratamiento de aguas residuales (...) con vertimiento final sobre la quebrada Boletas”.

Igual situación ocurre cuando se estudia el caso a la luz de lo establecido en el artículo 11 de la misma norma, pues, se requiere que “lesione o ponga efectivamente en peligro” el ambiente o los recursos naturales, y es que en el desarrollo de cada uno de los conceptos presentados por la Corporación no se advierte que exista daño a los recursos naturales, pues “respecto a la gravedad de las posibles afectaciones“(...) causadas por las viviendas que realizan vertimientos directos sobre el suelo o fuentes hídricas de la zona “no existen estudios que puedan determinar los grados de efecto nocivo causados sobre los recursos suelo y agua, teniendo en cuenta que los vertimientos son dispersos por no poderse conectar a la red de alcantarillado”

Por ende, no se podrá adelantar el proceso penal ni imponer una pena a quienes han sido señalados como responsables de la actividad denunciada, toda vez que dicha actuación no se encuentra relacionada como ilícita, a la luz del código penal.

6. TENSIONES Y COMPLEMENTARIEDADES ENTRE LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y RESTAURATIVA DEL DERECHO AMBIENTAL, EL DERECHO PENAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En este capítulo se busca realizar un paralelo, destacando las tensiones y complementariedades entre los diferentes elementos que se convocan en la búsqueda de la respuesta al problema inicialmente planteado.

Así las cosas, se encuentra que:

El derecho penal tiene como objetivo sancionar las conductas atentatorias de los bienes jurídicos que se encuentran tutelados, presentando la característica de subsidiaridad frente a las demás ramas del derecho, por lo que opera como un mecanismo complementario del derecho ambiental; su aplicación debe ajustarse al principio de última ratio, por lo que debe tener lugar cuando se han agotado los procesos administrativos y los mecanismos de reparación y restauración y se ha encontrado que los mismos resultan insuficientes frente a la conducta en que ha incurrido el inculpaado. Esa complementariedad entre lo ambiental y lo penal debe considerar la conveniencia social de que los órganos de investigación penal del Estado se restrinjan al mínimo posible y que intervengan solamente cuando otras herramientas de sanción no resulten eficaces.

Por su parte, el derecho ambiental tiene una prioridad distinta, que es la protección del medio ambiente. Es por ello que dentro de sus principios básicos están la precaución y la prevención, como herramientas conducentes ambas a, en lo posible, evitar que se produzca daño; sin embargo, la aplicación del derecho ambiental no exime al responsable de que contra él también cursen procesos civiles, penales y disciplinarios a que hubiere lugar, además de que deba ejecutar las obras o acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente orientadas a restaurar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje afectados.

Igualmente, se debe tener en cuenta lo aportado por Correa (Correa & Jaramillo, 2006), “el derecho penal se ha caracterizado tradicionalmente por su función de protección de bienes jurídicos fundamentales, tanto individuales como colectivos, los cuales se pueden entender como sinónimos de bienes supra individuales”, por lo que puede afirmarse que, en su enfoque tradicional, la prioridad para el derecho penal es probar la existencia de un responsable de una conducta peligrosa tipificada con el propósito de imponerle una pena; Sin embargo, esa visión tradicional del derecho penal ya no es completamente válida, especialmente cuando se atiende a los nuevos mecanismos de acercamiento entre partes en los cuales interesa, no solamente, hacer cumplir la norma o sancionar a quien no lo haga, sino las consecuencias que esas conductas generan en las víctimas; situación que se da en el caso de estudio con la herramienta del Principio de Oportunidad, la cual permite que un indiciado dentro de un proceso penal, en vez de ser condenado por un delito ambiental, logre reparar, compensar o remediar el daño ocasionado al medio ambiente y/o los recursos naturales o que garantice que la conducta no volverá a repetirse en pro de las generaciones futuras, pues, en caso contrario, al pasar los años el condenado habrá cumplido su condena o inclusive, haber fallecido y lo único que prevalecerán serán los efectos de su conducta, sin que hubieren atendido dichos efectos.

Entre tanto, el Principio de Oportunidad, investido de las características de la justicia restaurativa hace que las partes dialoguen para intentar remediar el daño causado, y parte de reconocer que la justicia retributiva no permite resolver y menos aún prevenir el delito ni los daños generados a la víctima. Es más probable que los intereses de las partes puedan conciliarse en el marco del Principio de Oportunidad, pues en el marco de la justicia penal tradicional el que termina cerrando el caso, sea con una sanción o con una absolución, es el juez, cuyos intereses no han sido directamente afectados por la conducta juzgada y quien actúa en representación de la sociedad como algo abstracto. La aplicación del Principio de Oportunidad en el derecho penal parte de la identificación de unas causales específicas que deben cumplirse para que el fiscal del caso pueda darle curso, con sujeción a la política criminal del Estado. En el marco del Principio de Oportunidad, el imputado está facultado para presentar un plan de reparación del daño, cuya aceptación está condicionada a la valoración por parte de la

víctima y puede conducir a la suspensión, interrupción o renuncia del proceso por parte del fiscal, facultad que está sometida a control obligatorio del juez de control de garantía.

Mientras tanto, en el derecho ambiental tiene amplio campo de acción el enfoque económico del derecho, a través del principio de que quien contamina paga, entre otros; este principio se relaciona directamente con el enfoque restaurativo o compensatorio que ha caracterizado al derecho ambiental desde sus orígenes y que puede ser introducido al derecho penal solamente en el momento en que aplica el denominado Principio de Oportunidad. No obstante, la compensación económica de los daños ambientales tiene la limitante que hace imposible cuantificar de manera precisa e irrefutable el costo de dichos daños y, aunque esta limitante no es exclusiva del derecho ambiental; igual de imprecisa podría ser, por ejemplo, la pretensión de cuantificar económicamente en el derecho penal el daño causado por la muerte de una persona o por su difamación. La legislación ambiental incluye normas para la conservación, administración o manejo, vigilancia y control de los recursos, así como las que buscan la establecer sanciones a quienes incumplen la misma, por lo que entonces puede afirmarse que esta legislación también contiene, en este último enfoque, un componente sancionatorio.

La función preventiva del derecho ambiental se ve reflejada en la aplicación del Principio de Oportunidad, en cuanto el proceso penal genera para el imputado la conciencia de resarcir el daño ocasionado y garantizar la no repetición de la conducta, por lo que, conociendo las consecuencias jurídicas que trae consigo la investigación, prevé la no ocurrencia de nuevas actividades atentatorias del medio ambiente, o si le resulta imposible su sustracción, la toma de acciones dirigidas a minimizar los daños que ocurrirán al desplegar su actividad atentatoria.

Ahora bien, la justicia restaurativa se interesa no solamente por hacer cumplir una norma o por sancionar a quien no lo haga, sino que, además, se interesa por las consecuencias que esas conductas generan a las víctimas. Como concepto regulado, advierte el referido artículo 518 del Código de Procedimiento Penal Colombiano que “el resultado restaurativo implica el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la

víctima y del infractor en la comunidad en búsqueda de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad”, por lo que en este aspecto del Principio de Oportunidad se acerca a la concepción del derecho ambiental, en tanto las normas ambientales promueven la prevención de los daños y el pago de los perjuicios ocasionados.

Como ya se advirtió, tal vez la frontera entre el derecho ambiental y el derecho penal es la misma que separa a las afectaciones de los delitos, en la medida en que traspasar esa línea es la que convierte en necesaria la intervención de la fuerza del Estado por medio de la fiscalía y la privación de la libertad. Sin embargo, esa frontera se ha desplazado en la medida en que la justicia restaurativa y el principio de oportunidad han abierto el espacio necesario para que pueda haber, inclusive en el terreno del derecho penal, una opción de reparación que permite la cesación de la persecución de los delitos en materia ambiental a cambio de reparación y compensación de los daños y perjuicios sufridos.

Se observa a lo largo de este capítulo que si bien existen numerosas y notorias diferencias entre el derecho ambiental y el derecho penal y particularmente entre la función preventiva y restaurativa del derecho ambiental y el derecho penal en torno al principio de oportunidad, son también múltiples los aspectos que identifican y en los que muestran coincidencias. Más importante aún resulta destacar que se trata de áreas complementarias del derecho, que tienen campos de acción específicos que les son propios, así como otros en los que se necesitan mutuamente para poder defender de manera efectiva el interés común del medio ambiente y todo lo que él encierra para las generaciones actuales y para sus descendientes.

Es por ello que, para la comparación de estas observaciones teóricas con un caso práctico, se tomó como ejemplo el No. 1 de los TIPO B, en el cual se adelantó el proceso penal con la ayuda de la autoridad y legislación ambiental, mismo que versó sobre el delito de Aprovechamiento Ilícito de Recursos Naturales tipificado en el artículo 331 Código Penal, de acuerdo con hechos ocurridos el 29 de abril de 2009 en el parque Entrenubes en la ciudad de Bogotá. Aquí, adelantada la indagación y contando con los elementos materiales suficientes, se formuló la imputación; el imputado no aceptó los cargos, por lo que se continuó con el trámite procesal para posteriormente

solicitarse la aplicación Principio de Oportunidad, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, teniendo en cuenta que la pena máxima establecida para esa conducta era superior a 5 años de cárcel, pero, además, en consideración a las funciones restaurativas y preventivas que el derecho ambiental proporciona, todo en búsqueda de resarcir los perjuicios y garantizar la no repetición de la conducta realizada.

Una vez recibida la solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad, la Secretaría Distrital de Ambiente, que dentro del proceso actuó como representante de la víctima, acordó con la Fiscalía que al acusado se le debía imponer como condición la realización, dentro de los predios del mismo parque, actividades y servicios para recuperación en silvicultura y educación ambiental buscando dejarle una enseñanza a él para que no continuar infringiendo daños hacia el medio ambiente y los recursos naturales, además, de que era una oportunidad para remediar, en parte, el daño de la flora desgajada a la hoja de laurel, la cual buscaba explotar comercialmente para emplearla en la elaboración de la cruz de mayo. Las actividades debían realizarse durante un período de seis meses, y consistía en erradicar ciertas plantas invasoras bajo supervisión de una persona específica designada por la Secretaría Distrital de Ambiente. Al acusado se le suministraron las herramientas necesarias para adelantar la labor y, una vez aprobada la solicitud por el juez de control de garantías, se solicitó suspensión del procedimiento a prueba por parte de la Fiscalía, para lo cual se levantó el acta correspondiente.

Adicionalmente, el acusado presentó disculpas públicas y aceptó la sanción impuesta y, una vez cumplidas las tareas asignadas en fechas específicas, el supervisor encargado certificó el cumplimiento del compromiso en el parque Entrenubes. Durante la citada diligencia, la Fiscalía solicitó formalmente la aplicación del Principio de Oportunidad y, por lo tanto, la suspensión y posterior extinción de la acción penal y, como consecuencia, el archivo de las diligencias. Dentro de las consideraciones de la Fiscalía y de la Defensoría Pública, se mencionó el hecho de tratarse de un infractor primario, que además aprendió una lección, quien no tiene antecedentes y que durante la misma diligencia expresó su compromiso de no volver a incurrir en este tipo de

actividades, reflejándose así la garantía de NO repetición, la obligación de compensar los daños y el resarcimiento que exige la figura en su aplicación.

Una vez la Juez con funciones de control de garantías recibió los documentos presentados por la Fiscalía, y en cumplimiento del Artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, decidió la extinción de la acción penal y ordenó el archivo de la investigación. (Juzgado 29 Penal Municipal de Bogotá, 2011)

Como se puede observar, en este caso práctico la aplicación del principio de oportunidad, permitió la reparación del bien afectado, esto es, el ambiente y los recursos naturales, pues, con su aplicación la Fiscalía entendió que la imposición de la pena, en ciertas conductas delictuales, debe ser revalidada en el entendido de que el ius punendi, al ser de carácter inquisitivo, trae consigo el ejercicio desbordado del poder, pero que se debe procurar, conforme la política criminal que es la que busca poner en práctica medios y formas más adecuados para hacer eficaz el logro de los fines del derecho penal, la atención de esas conductas delictuales en aras de lograr la misma protección.

Dentro del proceso penal, las causales 7 y 13 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009 (Artículo 324 del CCP) definen los casos en los cuales tiene aplicabilidad el Principio de Oportunidad en materia ambiental; el numeral 7 advierte que procederá la suspensión del periodo a prueba en el marco de la Justicia Restaurativa y la aplicación del Principio de Oportunidad siempre que se cumpla con las condiciones impuestas, mismo que podrá relacionarse con lo propuesto por el numeral 13 de la misma norma, el cual dispone que deberán afectarse mínimamente bienes colectivos, siempre que se dé la reparación integral y se garantice la NO repetición del hecho. En el caso examinado, se fundamenta por la Fiscalía que se impuso como condición al imputado que realizara, dentro de los predios del mismo parque, actividades y servicios para recuperación en silvicultura y educación ambiental con las cuales se pretendía buscar conciliar los perjuicios causados al ambiente, buscando con ello, además, concientizar al imputado respecto del daño causado; Así mismo, que a la luz del numeral 13 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, como bien colectivo, el ambiente sufrió daños susceptibles de recuperación con el trabajo y las condiciones impuestas al imputado, las cuales, de la mano de los principios ambientales internacionales, podían ser resarcidos

de manera económica con actividades de reforestación y/u otras que implicaran el pago de los perjuicios ocasionados.

7. CONCLUSIONES

La realidad ambiental se ve envuelta en una crisis que debe ser resuelta generando estrategias de protección desde diferentes disciplinas con las cuales se requiere incluir, sin vacilar, el ordenamiento jurídico de un país. Desde esta óptica, se abordó el presente trabajo, en el cual se analizó una herramienta penal como el Principio de Oportunidad, buscando establecer la relación entre su aplicación en los procesos adelantados por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y las funciones preventiva y restaurativa del derecho ambiental.

El derecho penal, con su carácter coercitivo y de última ratio se presenta en su forma más agresiva imponiendo penas a las personas que convulsionan a la sociedad con su actuar delincencial; sin embargo, se estableció que el actual derecho penal ha introducido figuras de acercamiento entre partes que han permitido la solución de esos problemas con fines restaurativos, resarcitorios y conciliatorios, evitando así la imposición de penas innecesarias y logrando abrir espacios en los cuales a la víctima se le reconoce la importancia que requiere, en tanto se le retribuye el daño o vulneración ocasionada, y al agresor se le imponen obligaciones que le permiten recibir su sanción, cumpliendo así, la Fiscalía General de la Nación, con la obligación de investigar los delitos que a su conocimiento lleguen. Esa forma de solucionar los conflictos se entiende bajo el concepto de Justicia Restaurativa que propone el actual código de procedimiento penal, pues, implica el logro de acuerdos entre víctimas y agresores propiciando su integración con miras a un fin común; concepción que resulta respaldada a la luz del derecho ambiental, bajos las funciones preventivas y restaurativas que lo acompañan.

El denominado Principio de Oportunidad constituye una importante herramienta jurídica de terminación anticipada del proceso, con carácter restaurativo. Si bien se trata de una facultad que le facilita a la Fiscalía General de la Nación el cumplimiento de su misión constitucional, no reviste la importancia que se deriva de utilizar el término principio y en cambio permite una salida alternativa al proceso, con la ventaja de que se

interesa no solamente en perseguir al acusado sino que permite que se reparen al menos parcialmente los daños causados a la víctima; medio ambiente y recursos naturales afectados.

La figura estudiada cuenta con esas características de acercamiento entre partes que evitan la imposición de sanciones penales, permitiendo la prevención del actuar lesivo y la restauración de los daños ocasionados; como herramienta del derecho penal, el Principio de Oportunidad permite la compensación del daño, el resarcimiento de los perjuicios, garantiza la no repetición de la conducta y la recomposición del tejido social, por lo que se puede entender, además, como una figura moderadora entre partes.

Ahora bien, se ha establecido que en Colombia no hay discrecionalidad absoluta; con todo, el legislador le ha otorgado a la Fiscalía General de la Nación la facultad de adecuar algunas causales bajo las cuales se le puede dar aplicación a esta figura en los casos del mundo real, intentado con ello “sacudir el letargo cultural” en el cual, según la Corte Constitucional, se ha sumido el ordenamiento jurídico frente a la aceptación de figuras nuevas dentro de él. Dichas facultades pueden llegar a parecer contrarias al principio de legalidad, y si no fuera porque la legalidad implica la preexistencia de normas jurídicas, se consideraría cierto, pues, resultaría contradictorio al querer del legislador; empero, ha sido el mismo legislador quien ha velado por su nacimiento, permitiéndole a esa institución cesar transitoriamente sus funciones investigativas y sancionadoras y, tal como lo propone el derecho anglosajón, guiar dentro del proceso penal a las partes como una entidad que puede llegar a administrar justicia; a una comunión que permita la coyuntura para arreglar sus diferencias.

Partiendo de la existencia de daños o lesiones ocasionadas al medio ambiente y de la debida judicialización de las conductas que los generan, el Principio de Oportunidad cuenta, además de su carácter de última ratio y de subsidiaridad, con las características de la Justicia Restaurativa, las cuales van más allá de la indemnización de perjuicios. Dichas características comparten particularidades de las funciones preventivas y restaurativas del derecho ambiental y las mismas deben ser tenidas en cuenta por el Fiscal de conocimiento al momento de fundamentar la aplicación de la figura.

Así, tanto en el derecho ambiental como en el derecho penal, se habla de restauración relacionando con dicho concepto el de “restitución”, mismo que se presenta cuando, mediante acciones se busca devolver a la víctima a la situación en que se encontraba antes de su afectación, lo que implica el restablecimiento de sus derechos; de “indemnización”, cuando se adoptan medidas que permitan resarcir los daños cuantificables que se han causado, y de la facultad de “garantizar la no repetición de la conducta” atentatoria contra el medio ambiente, cuando se busca disolver el ultraje o daño producido o impedir que el mismo vuelva a ocurrir.

En el derecho ambiental es entendido como la valoración material del impacto causado, relacionándose ello con una condición netamente económica, mientras que en el derecho penal, además de la opción de la indemnización pecuniaria, se logra el interactuar entre las partes para discutir y analizar el delito cometido, el daño ocasionado y las posibles soluciones a los problemas, generando siempre un diálogo que permite entender lo sucedido y evitar a futuro la comisión de otros delitos; una forma de aproximación dentro del proceso penal que le reconoce beneficios al responsable mientras resarce el daño causado, concientizándolo de su actuar.

En el caso de la restauración en el tema ambiental, se encontró que dicho concepto se relaciona con el Principio Contaminador – pagador, el cual es de carácter universal y se integra al torrente normativo colombiano como uno de los principios generales que regulan la política ambiental, conforme la Ley 93 de 1993, mismo que implica iinternalizar los costos ambientales teniendo en cuenta instrumentos económicos que permitan sufragar los gastos que genera la contaminación.

Desde esta visión, este principio universal resulta aplicable dentro del proceso penal en el periodo de suspensión de la acción penal para iniciar el procedimiento a prueba cuando el Fiscal pretende fundamentar ante los Jueces la aplicación del Principio de Oportunidad, en los procesos penales adelantados por delitos cometidos contra el medio ambiente y los recursos naturales; ello se sustenta con los informes de las Corporaciones y autoridades ambientales cuando establecen obligaciones de hacer a los infractores investigados; obligaciones que necesariamente deben incluir la cuantía de la infracción suscitada. Se presenta en algunos de los casos relacionados en el

capítulo quinto del trabajo, por ejemplo, el caso No. 2 de los Tipo A donde se impone como obligación la de “(...) *recuperar zonas afectadas mediante la siembra de especies propias de la región o aislar la zona afectada mediante la construcción de línea amarilla, con hilos de alambre de púas y estacones de 2.5 m de distancia entre ellos (...)*”, o la obligación de “(...) *efectuar la extracción de los individuos doblados (...)* *recoger todos los escombros producto de la intervención (...)*” en el tercer caso de los Tipo A, e “(...) *imponer al beneficiario de la licencia ambiental, la suspensión temporal de la explotación de materiales de construcción en el río Chinchiná (...)*” en el sexto caso del mismo literal, entre otros; obligaciones que igualmente, pudieron haber sido impuestas en el caso No. 1, pues, adicional a “ (...) *implementar actividades y servicios para recuperación en silvicultura y educación ambiental (...)*”, y “*erradicar ciertas plantas invasoras bajo supervisión de una persona específica designada por la Secretaría Distrital de Ambiente*” no sobraba la plantación o reproducción de especies con las mismas características y todas las expensas que hubiere implicado dicha siembra, entre otras actividades requeridas para tal fin.

Ahora bien, la restauración en el tema penal se materializa con la indemnización pecuniaria o la restitución del derecho vulnerado mediante acciones económicas que así lo permitan; no obstante, dicha característica restauradora también se manifiesta en el interactuar de las partes cuando se presenta el acercamiento entre ellas y desde allí se logran acuerdos que generan en el actor la conciencia del acto delincencial realizado. A partir de aquí, se puede empezar a identificar e incluir el concepto de prevención que nos presenta la normatividad ambiental, no desde el Principio de Prevención taxativamente hablando, sino desde el Principio de Precaución, encargado de evitar peligros desconocidos e inciertos al medio ambiente. Así, el infractor debe precaver las consecuencias de sus actos atentatorios contra el medio ambiente y activar planes que resarzan los daños que se llegaren a causar (previendo que algo peor pueda ocurrir); situación que, igualmente, podrá sustentar el Fiscal de conocimiento ante el Juez, al momento de la aplicación del Principio de Oportunidad dentro de los procesos penales adelantados contra el medio ambiente y los recursos naturales, pues, dentro de las obligaciones que puede imponer al indiciado podrá estar la de activar planes de recuperación con idoneidad, para la protección del medio ambiente, bajo las directrices

propias del Principio de Proporcionalidad ambiental, también incluido en el ordenamiento jurídico nacional. Ello, resulta visible en el caso No. 1 de los tipos A, donde la Fiscalía impuso como condición al imputado que realizara, dentro de los predios del mismo parque, “actividades y servicios para recuperación en silvicultura y educación ambiental” con las cuales se pretendía resarcir los perjuicios causados al ambiente, buscando con ello, además, su concientización respecto del daño causado.

A este nivel, cuenta la voluntad del imputado que se ve inmerso en la investigación penal, pues, iniciada la misma y vinculado éste, se abre la posibilidad de aceptar obligaciones impuestas por la Fiscalía en asocio con la autoridad ambiental; obligaciones que, per sé le implican interiorizar las acciones realizadas, las consecuencias de esas acciones para la víctima y las secuelas para sí como victimario, evitando un nuevo daño, pues, en caso contrario, necesariamente se deberá adelantar y culminar del proceso penal, obteniendo, en caso tal, una condena que implica la imposición de una pena por el delito cometido. Es así como, se llega a la garantía de no repetición de la conducta, como característica restaurativa del Principio de Oportunidad; no obstante, resulta positivo entender que este compromiso por parte del imputado (Garantizar la no repetición de la conducta atentatoria) se puede lograr no solo dentro del procedimiento a prueba sino en cualquier momento del proceso penal.

Así mismo, se ha entendido que el proceso penal, aun sancionador, genera efectos preventivos desde la significancia de la pena, pues, solo en casos excepcionales se justifica imponerlas; por lo que el Principio de Oportunidad, siendo una figura jurídico penal con efectos restaurativos y preventivos, no está exenta de ello. El Principio de Oportunidad, visto desde la “Teoría de la Unión”, como es denominada y propuesta por el autor Andrés Botero Bernal, permite darle a conocer al infractor el peso que trae consigo el incumplimiento de la normatividad y la comisión de conductas delictuales, evitando con ello la continuación de la actividad delictiva y garantizándose la no repetición de la conducta por parte del imputado, pero también, trasladando dichos efectos a la comunidad en general.

Ahora bien, como última conclusión se tiene que, tanto en materia ambiental como penal el concepto de restauración y reparación integral se encuentran sujetos a un

concepto de responsabilidad patrimonial a la luz del régimen civil. Dicha responsabilidad implica que el causante de los daños ocasionados al medio ambiente pague por ellos; esto, de la mano de la indemnización, encuentra un tropiezo en la búsqueda real del resarcimiento de perjuicios en orden a incluir las consecuencias del daño a futuro, pues, el pago que se realiza por estos daños implica cumplir una condición económica real que no alcanza a cubrir en todo las consecuencias posteriores (efectos acumulativos) que trae consigo dicho perjuicio ecológico o ambiental.

La restauración plena no alcanza a ser suplida por el derecho penal ni por el derecho ambiental, pues, existe una limitante a la hora de su tasación; tampoco la jurisdicción ambiental tiene los elementos necesarios para estudiar un entorno y presentarlo como insumo ante la jurisdicción penal, por lo que, tal como lo advierte Munévar (2014) “la ciencia jurídica no tiene los elementos necesarios para estudiar un ecosistema y peor aún, no ha dimensionado las implicaciones jurídicas y económicas del resarcimiento de los perjuicios causados a los titulares de los derechos colectivos, esto es, a la humanidad presente y futura. En este sentido, el régimen de la responsabilidad aún no ha establecido los criterios que permitan tasar los impactos generados a un ecosistema y no ha considerado que los perjuicios morales también puedan ser causados a la humanidad, cuando se deja de gozar de un ambiente sano. Tanto los criterios como las acciones existentes para la reparación de los daños y perjuicios ambientales son precarios e insuficientes para la satisfacción del deber de reparar”. Munévar (2014, p. 94)

Es aquí donde el Principio de Oportunidad aporta a la protección del medio ambiente, pues, considerando las limitantes relacionadas, resulta ser una herramienta jurídica que propende por espacios jurídicos que permiten resarcir los perjuicios causados a este bien jurídico, aún bajo los parámetros de la responsabilidad civil.

Finalmente, se debe advertir que, aun con limitantes en la ciencia jurídica, para la protección del medio ambiente resulta indiscutible el apoyo del Estado por medio de órganos que lo representen y la implementación de políticas públicas que permitan su actuar preservador, así como la intervención de otras entidades, tales como la Fiscalía

General de la Nación, los Jueces de Control de Garantías y las entidades del Estado que representan a la sociedad en general y que trabajan en la defensa de los intereses medioambientales, esto es, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación; esfuerzos dirigidos a buscar que las generaciones futuras cuenten con la misma o mayor riqueza que en la actualidad se cuenta.

REFERENCIAS

- Ángel Londoño J., Avella Franco, P., Bedoya Sierra, L., Novoa, A., Vanegas, P., Villegas Arango, A. (2007). *Módulo de formación para fiscales en Principio de Oportunidad I*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Alcaldía Mayor de Bogotá (2010). *Guía para la gestión ambiental y manejo integral de residuos en el servicio de lavado de vehículos*. Bogotá: Universidad Distrital Francisco José de Caldas.
- Alessandri, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Arboleda Vallejo, M. (2013). *Código Penal y de Procedimiento Penal Vigésima Quinta Edición*. Bogotá. Leyer Editores.
- Amstutz, L. S y Zehr , H. *Victim offender conferencing in pennsylvania's juvenile justice system. Training Curriculum*. Harrisburg, Pennsylvania Council on Crime and Delinquency, 1998.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional. Diario Oficial.
- Banco de la República (2010). *Cambio climático, biocombustibles e inflación*. Medellín: Banco de la República.
- Barbosa Moreira, J. (1990). *A Legítima? O para a Defesa Dos Intereses Difusos no Dereito Brasileiro; Temas de Directo Procesual*. San José de Costa Rica: Selva.

- Becerra, D. (2009). *La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Beristain, C. (s.f). *Derecho a la reclamación en los conflictos ambientales*. Gobierno Vasco España: Lankopi S.A.
- Blanco Lozano, C. (1997). Víctima y Reparación en el Delito Ambiental. *Revista de Derecho Ambiental, Issue 18*, p. 152.
- Botero Bernal, A. (2001/2002). La Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 5*, 2001/2002, pp. 201-212.
- Botero, F. (2010). *El agua como mercancía*. Bogotá: s.n.
- Botero, R. (2008). *Marco legal del control fiscal ambiental en Colombia*. Bogotá: Contraloría General de la República.
- Bolívar Londoño, C. y Colorado Barrera, G. (2008). *La conciliación judicial en el derecho penal colombiano, en la Ley 906 de 2004, y sus efectos frente al derecho de defensa*. Universidad de Antioquia.
- Briceño Chaves, A. M. (2009). *El daño ambiental. Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Britto Ruíz, D. (s.f). *Justicia Restaurativa: reflexiones sobre la experiencia en Colombia*. Loja Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular.
- Cadavid, A. (2007). La protección penal del medio ambiente en el Derecho penal colombiano. En: Terradillos, J. y Acale, M. (edits.). *Nuevas tendencias en*

Derecho penal económico. Seminario Internacional de Derecho Penal. Jerez de la Frontera: Universidad de Cádiz. pp. 213-229.

Cafferatta, N. (2003). La responsabilidad por daño ambiental. Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales. *Revista de Direito Ambiental*, 8.

Cañon, J. y Erasso, G. (2004). *El papel del derecho penal en la tutela del ambiente*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Castaño, M. (2010). *El principio económico "el que contamina paga": su costo ambiental y social en Colombia*. Bogotá: Universidad de Antioquia.

CEPAL (2005). *Elementos Conceptuales para la prevención y reducción de daños originados por amenazas siconaturales*. Santiago de Chile: CEPAL.

CEPAL (2008). Evaluación de la aplicación de los beneficios tributarios para la gestión e inversión ambientales en Colombia. En: CEPAL (ed.). *Política fiscal y medio ambiente: bases para una agenda común*. Santiago de Chile: CEPAL. pp. 197-266.

Chapus, R. (1957). *Responsabilité publique et responsabilité privéé. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. París: LGDJ.

Christie, N. (2009). Conflicts as Property. *British Journal of Criminology*, 7(1).

Congreso de la República (1973). *Ley 23 de 1973. Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Imprenta Nacional. Diario Oficial.

_____. (1993). *Ley 99. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA*. Bogotá: Imprenta Nacional. Diario Oficial.

_____. (2009). *Ley 1312 de 2009. Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad*. Bogotá: Imprenta Nacional. Diario Oficial.

_____. (2009). *Ley 1312 de 2009. Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad*. Bogotá: Imprenta Nacional. Diario Oficial.

Consejo de Estado. (1975). *Expendiente 1494. Consejero Ponente Portocarrero Mutis*. Bogotá: Consejo de Estado.

Corporación Autónoma Regional. (2006). *Conceptos básicos de legislación ambiental*. Bogotá: CAR. Cámara de Comercio de Bogotá.

Corporación Excelencia en la Justicia (2013). *Propuesta de reformas normativas al Sistema Penal Acusatorio (SPA)*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.

Correa, C. A. y Jaramillo, Á. (2006). *Los derechos de las víctimas y su intervención en el nuevo procedimiento penal*. Medellín: Universidad de Medellín. Especialización en Derecho Penal y Criminalística.

_____. (1992). *Sentencia T - 411. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá: Corte Constitucional.

_____. (1993) Sentencia T 254. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.
Bogotá: Corte Constitucional.

_____. (1994). *Sentencia C - 528*. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz (ed.).
Bogotá: Corte Constitucional.

_____. (1996). Sentencia C-495. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

_____. (1999). *Sentencia C-160*. Bogotá: Magistrado Ponente Antonio Barrera
Carbonell.

_____. (2001). *Sentencia C-1195*. Bogotá: Magistrado Ponente Manuel José Cepeda
Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. (2005). *Sentencia C- 591*. Bogotá: Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas
Hernández

_____. (2005). *Sentencia C- 979*. Bogotá: Magistrado Ponente Jaime Araujo
Reintería.

_____. (2008). *Sentencia C-1143 de 2008*. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda
Espinosa (ed.). Bogotá: Corte Constitucional.

_____. (2008). *Sentencia T-299 de 2008*. Magistrado Ponente Jaime Córdoba
Triviño (ed.). Bogotá: Corte Constitucional.

_____. (2010). *Sentencia C-703 de 2010*. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo
Mendoza Martelo. ed. Bogotá: Corte Constitucional.

_____. (2012). *Sentencia C -365 de 2012*. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt
CHalujb. Bogotá. Corte Constitucional.

- Corte Suprema de Justicia, 2000. *Proceso 15659. Magistrado Ponente Carlos E. Mejía Escobar*. Bogotá: s.n.
- DANE. (2005). *Censo 2005. Proyecciones demográficas 2005 – 2020*. Bogotá: DANE.
- Domingo, V. (2008). Justicia restaurativa y mediación penal. *Lex Nova*, 23. pp. 1-41.
- Drnas, Z. (2000). *Los principios de Prevención y Precaución en materia ambiental*. Buenos Aires: Editorial Lerner.
- FAO. (2010). *Evaluación de los Recursos Forestales Mundiales*. [En línea] Available at: http://foris.fao.org/static/data/fra2010/FRA2010_Report_S.pdf
- Galdós, J. M. (2009). Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa. *Revista de Daños*, 6.
- Gargarella, R. (1999). *Las Teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2007). *La Oportunidad como Principio complementario del Proceso Penal: Críticas y Soportes del Principio de Oportunidad desde el punto de vista político-jurídico*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- González Villa, J. (2001). *La vía gubernativa en el derecho del medio ambiente. Lecturas Sobre Derecho Del Medio Ambiente en Colombia. Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González, R., “Recomendaciones para la caracterización del daño ambiental” en *Temas de Derecho Ambiental*, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2001.

- González Villa, J. (2006). *Derecho Ambiental Colombiano Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González, R. (2001). *Recomendaciones para la caracterización del daño ambiental*. San José de Costa Rica.: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Henao, J. C. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaquenod de Zsögön, S. (1991). *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Dykinson.
- Jouvenel, B. (1977). *Los orígenes del Estado moderno*. México: s.n.
- Juzgado 29 Penal Municipal de Bogotá, 2011. *Audiencia*. [En línea] Available at: https://drive.google.com/file/d/0B2_mHCGU2Mz7N0NZanlhYXIKWUE/view [Último acceso: 31 mayo 2015].
- Labandería, X., León, C. y Vázquez, X. (2007). *Economía ambiental*. México: Prentice Hall.
- Lipietz, A. (2011). *La ecología política y la crisis actual*. Asunción, Paraguay: Milenium.
- Lora, K. I. (2011). El principio de precaución en la legislación ambiental colombiana. *Actualidad Jurídica*. pp. 22-29.
- Lozano-Higuero, M. (1996). *Intereses difusos y protección del patrimonio cultural español*. Madrid: Homenaje al profesor doctor Lino Palacio.

- Manavella, C. (2000). *Responsabilidad Civil Ambiental*. San José de Costa Rica: Universidad para la Cooperación Internacional.
- Márquez, A. (2007). *La justicia restaurativa versus la justicia retributiva, en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria*. Bogotá: Prolegómenos Derechos y Valores.
- Martínez Rave, G. (1998). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Undécima ed. Bogotá: s.n.
- Martínez, J. y Roca, J. (2001). *Economía Ecológica y Política ambiental*. Segunda ed. México: Fondo de Cultura Económica.
- Márquez Cárdenas, A. (s.f). *La víctima en el sistema de justicia restaurativa*. *Revista derecho y Valores*. Universidad Militar.
- Maya, Á. (1993). *La trama de la vida. Las bases ecológicas del pensamiento ambiental*. Bogotá: Universidad Nacional. Instituto de Estudios Ambientales - IDEA.
- Mendieta, J. (2008). *Herramientas microeconómicas básicas para el estudio de las metodologías de valoración ambiental y su aplicabilidad práctica en la evaluación económica de políticas y proyectos ambientales*. Bogotá: Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico – Universidad de los Andes.
- Miguel Perales, C. (1997). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Bogotá: s.n.
- Mojica, C. A. y Molina, C. A. (2005). *Justicia Restaurativa: hacia una nueva visión de la justicia penal*. Medellín: Universidad de Medellín.

- Morales, E. (2009). *Análisis jurídico y doctrinario de los ilícitos de contaminación ambiental regulados en los tratados internacionales sobre ambiente y en la legislación ambiental guatemalteca*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Morello, A. (1999). *La prueba científica*. Buenos Aires: Academia. Mosset Iturraspe, J., 1999. *El daño ambiental en el derecho privado*. México: s.n.
- Munévar, C. (2014). *El alcance de la responsabilidad por daños ambientales*. *Revista Criterio Libre*. Universidad Libre de Colombia.
- Ovalle, L. y Castro, Z. (2012). *Introducción al principio de precaución*. En: *Temas de Derecho Ambiental: una mirada desde lo público*. Universidad del Rosario.
- Pagiola, S., 2008. *La venta de servicios forestales ambientales*. San José, Costa Rica: Primates.
- Pascual, E. (2012). *La mediación en el sistema penal*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Peña, M. (2005) *Daño, responsabilidad y reparación ambiental*. Veracruz México: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf
- Pérez, S. (1999). *Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?* Granada: Comares.
- Planeación, D. N. d. (2008). *Archivos de Economía*. Bogotá. Bogotá: Ministerio de Hacienda.
- PNUMA. (1996). *Declaración Internacional de Producción Limpia*. Washington: ONU.

- Ramírez, J. y Puentes, P. (2010). *Opciones para el mejoramiento de la aplicación del principio de oportunidad dentro del sistema penal acusatorio en Colombia*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia. Facultad de Derecho.
- Roa, T. (2010). *Somos agua, no somos mercancía*. [En línea] Available at:
<http://www.elnuevodia.com.co/nuevodia/inicio/ecologica/ecologicas/31126somos-agua-no-somos-mercancia.html> [Último acceso: 28 Marzo 2015].
- Rojas, C. (2004). *Evolución de las características y de los principios del derecho internacional ambiental y su aplicación en Colombia*. Universidad Externado de Colombia
- Rodríguez, C. y Corredor, J. (2011). *El derecho penal y el régimen sancionatorio ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Rosas, M. (2013). Nueva Ruralidad desde dos visiones de progreso rural y sustentabilidad: economía ambiental y economía ecológica. *Polis, Revista Latinoamericana*, 12(34), pp. 225-241.
- Ruiz, C. E. (2013). Protección penal del medio ambiente. *Revista virtual de Derecho Ambiental*. pp. 173-194.
- Ruíz, J. P. (2010). Compensación por servicios ambientales. *El Espectador*, 1 Octubre.
- Sánchez Sáez, A. J. (1999). La Restitutio in Pristinum como mecanismo deseable para reparación de daños causados al Medio Ambiente; Derecho y Medio Ambiente. *Revista Electrónica de Derecho Ambiental, Issue 3*.

- Sánchez, S. (2013). La protección penal del Medio Ambiente: análisis del artículo 338 del Código Penal colombiano (CP) sobre minería ilegal. *Diálogos de Saberes*, Julio - Diciembre de 2013(20), pp. 119-134.
- Santana, P. (2013). Las controversias en el derecho internacional ambiental y los retos en la aplicación del principio de precaución en el ámbito local. En: *Revista de Derecho Público N°30*. Universidad de los Andes
- Savatier, R. (1948). *La Responsabilité Médicale*. París: Lethielleux Éditeur.
- Schünemann, B. (2002). *Sobre la dogmática y la Política criminal del Derecho Penal del medio ambiente*. Madrid: Tecnos.
- Stiglitz, G. (1985). Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente. *Revista Ambiente y Recursos Naturales, II*, p. 786.
- _____. (1997). El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional. En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Tinoco, A. (2001). *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*. Sevilla España: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (2003). *Claudia Sampedro vs Minambiente. Fumigación con glifosato. Magistrada Ponente Ayda Vides Pava*. Bogotá: Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección 2. AP 01 – 0022.
- Vallecillo, Y. (2009). *La reparación civil por daño ambiental en delitos forestales: propuesta de plan de reparación aplicable al área de conservación tortuguero*. San José: Universidad de Costa Rica.

Vélez, J. (1996). *Los dos sistemas del derecho administrativo ensayo de derecho público comparado*. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda.

Verger, J. (2001). *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*. Sevilla España Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones.

Vita, A. D. (2006). La Tutela Giurisdizionale degli Interessi Collettivi nella Prospettiva del Sistema Francese. Aspetti Principali del Problema e Specificazioni in Tema di Protezione degli Interessi dei Consumatori”, en AAVV. La Tutela degli Interessi Diffus. En: V. Andreus, ed. *La Tutela degli Interessi Diffus*. Ciudad de México: PNUMA.