

EL MEDIO AMBIENTE: BIEN JURÍDICO-PENAL Y RESERVA DE LEY ORGÁNICA PARA SU PROTECCIÓN

Ab. Carlos Cortázar Vinuesa

1.- ANTECEDENTES Y TUTELA PENAL DEL BIEN JURÍDICO MEDIOAMBIENTE.-

La Constitución Política de la República del Ecuador dispone en su artículo 23, numeral 6, que *el Estado reconocerá y garantizará a las personas (...) el derecho a vivir en un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, reservándose la ley la prerrogativa de establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, con el objeto de proteger el medio ambiente.*

Para cumplir este propósito la Asamblea Nacional Constituyente incorporó al medio ambiente y su cuidado en el Capítulo de los Derechos Colectivos de la Norma Fundamental, disponiendo en su artículo 85 que *el Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable'. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza. Este principio se reafirma en el considerando primero de la Ley de Gestión Ambiental², que declara de interés público la preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.*

De los Derechos Colectivos nacen los *bienes jurídicos colectivos*³ que para Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán⁴, son los que *afectan más a*

"Es el mejoramiento de la calidad de la vida humana dentro de la capacidad de carga de los ecosistemas; implican la satisfacción de las necesidades actuales sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones." Glosario de definiciones de la Ley de Gestión Ambiental.

² Ley N° 37, publicada en *el* Registro Oficial 245 del 30 de julio de 1999.

³ "En efecto, como denominaciones más frecuentes utilizadas se encuentran las de: bienes jurídicos difusos o difundidos, colectivos supraindividuales, universales, intereses generales o colectivos o derechos colectivos sociales, bienes jurídicos de 'nueva generación' o de 'nuevo cuño'. Dulce María Santana Vega, La protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos, página 96, Dykinson, 2000.

la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se cuentan la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política, etc. Así que al momento de incluirlos bajo este rubro la Constituyente eliminó de plano la discusión sobre si el medio ambiente es un derecho fundamental, uno subjetivo o un principio rector de la política social y económica⁵ otorgándole el carácter del primero de ellos.

Por tanto, partiendo de esta consideración y del objetivo constitucional perseguido, concluimos que el marco para un concepto del bien jurídico "medio ambiente", en la legislación ecuatoriana, está dado por el precepto constitucional *citado* que trasciende al orden penal cuando a continuación, en el artículo 87, la misma Constitución dispone que *la ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente.*

Para la Teoría del Bien Jurídico el problema actual radica en su delimitación y precisión versus la realidad de las situaciones que se producen diariamente en una *sociedad moderna y compleja como la que tenemos*, donde la tendencia obligada parece ser *proteger instituciones, unidades o funciones sociales*, lo cual acarrea indeterminación y vaguedad para un concepto de bien jurídico.⁶

Con este antecedente, podemos concluir que la tutela penal clásica, con referencia a bienes jurídicos tradicionales, resulta a todas luces insuficiente para cumplir con el propósito de proteger a la colectividad de esta nueva fuente de daño y peligro. En la doctrina existen teorías contrapuestas sobre este particular, comenzando por quienes, como María Dolores Fernández Rodríguez⁷, defienden la tesis de que no es necesario apartarse de los bienes jurídicos tradicionales, puesto que para

Derecho Penal, Parte General, página 65, Tirant lo Blanch, 2000.

Silverio Nieto Núñez, citado por Jesús Urraza Abad, Delitos contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente, La Ley, página 37, La Ley, 2001.

⁶ Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, páginas 106 y 107, Tirant lo Blanch, 1989.
Citada de la misma forma que el número 4.

ellos las conductas *antiecologicas* son una modalidad más de los delitos contra la salud pública; mientras que otros como Juan Bustos Ramírez', defienden el carácter socio económico del bien jurídico medio ambiente, porque está relacionado directamente con el desarrollo de las personas precisamente en esos ámbitos, el social y el económico.

A nuestro juicio esta segunda teoría es la que responde a la realidad jurídica del Ecuador debido a que nuestro Código de la Salud⁹ no contempla la normativa suficiente para hacer frente a todo lo que engloba la materia medioambiental. De igual manera sucede con otras normas que en el derecho administrativo, protegen la fauna, la flora y la biodiversidad.

En la actualidad, la legislación aplicable debe ir de la mano con los nuevos preceptos constitucionales que entraron en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial del 11 de agosto de 1998, entre ellos los contenidos en los numerales 5 y 20 del artículo 23 de la Carta Fundamental'.

Siguiendo la propuesta de Mayer", el bien jurídico medio ambiente es un bien merecedor y necesitado de protección penal y, además, capaz de proteger a la colectividad de una eventual daño de gravedad y efectos lesivos considerables. Adicionalmente, en un Estado social y democrático de Derecho como el ecuatoriano' la protección del medio ambiente responde también a las *condiciones de la vida social, en la medida que afectan la posibilidades de participación de individuos en el sistema social'* y está dotado de la *importancia fundamental* para el funcionamiento de este sistema social, que demanda Santiago Mir Puig con miras a constituir un bien jurídico-penal. Adicionalmente, cumple también con el requisito de ofrecer una protección jurídica contra la *dañosidad social* que produce la lesión del medio ambiente que según Jesús María Silva Sánchez" siempre

⁸ Manual de Derecho Penal, l'arte Especial, página 352, Ariel, 1986.

⁹ Ley 188 publicada en el Registro Oficial 158 del 8 de febrero de 1971.

(...) 5. Derecho a desarrollar libremente su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás (...) 20. El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental...

¹¹ Laura del Carmen Zúñiga Rodríguez, Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas, página 200, Aranzadi, 2000.

¹² Art. 1 de la Constitución Política Ecuatoriana.

¹³ Santiago Mir Puig, Derecho Penal, l'arte General, páginas 92 y 93, 1998.

¹⁴ Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, página 276, J.M. Bosch Editor S.A.,

se debe encontrar, "debido a que *todo bien para ser «jurídico»* —nosotros agregamos penal— *requiere, pues, que los ataques contra el mismo se revelen como trascendentes en la esfera social en un sentido dañoso: si al Derecho, en su conjunto, le competen funciones de protección social, éste sólo podrá intervenir en casos en que concurra la referida dañinidad social.*"

Así, en esta parte, nos atrevemos a decir también que el medio ambiente como bien jurídico tiene un carácter autónomo y merece una protección penal exclusiva ya que reúne las condiciones político-criminales preventivas necesarias de merecimiento y necesidad de pena para convertirse en un bien jurídico-penal, eso sí, con respeto siempre a las disposiciones garantistas de proporcionalidad y adecuación de la respuesta penal.

Sin perjuicio de lo anterior, para Mir Puig "que el Derecho penal *sólo* deba proteger «bienes jurídicos» no significa que *todo* «bien jurídico» haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal."¹⁵

1.2.- DELIMITACIÓN Y NATURALEZA DEL BIEN JURÍDICO MEDIOAMBIENTE.-

El problema al que se enfrenta la doctrina es el de encontrar un concepto que defina al medio ambiente como un bien jurídico autónomo e independiente de otros bienes jurídicos ya protegidos por el derecho penal nuclear. Por eso se busca un concepto más limitado que permita fijar dentro de contornos delineados los parámetros de protección a los que deben referirse los supuestos de hecho típicos penales.

Paz M. de La Cuesta Aguado' considera que *una correcta conceptualización del bien jurídico medio ambiente exige distinguir entre medio ambiente como bien jurídico de los elementos que lo integran*. Para esta autora pueden considerarse *elementos medioambientales* el agua, suelo, aire, especies protegidas, etcétera y es su equilibrio el que constituye finalmente el medio ambiente, por ello se anticipa a definirlo como *el conjunto de*

¹⁵ Id. anterior, página 91.
Id. anterior.

relaciones, de reglas naturales, bióticas, biológicas, ecológicas, etc... que han permitido el desarrollo del hombre y la aparición y mantenimiento de la vida en el planeta tierra.

Sin embargo es posible que nunca se pueda lograr un concepto *restrictivo y autónomo* cien por ciento, porque medio ambiente precisamente es sinónimo de la interacción mediata o inmediata del hombre con una infinidad de situaciones y circunstancias que evolucionan continuamente. Pero, por otro lado, sí se puede aspirar a elaborar conceptos lo más naturales y dinámicos posibles, como por ejemplo los que aparecen en el glosario de definiciones de la mencionada Ley de Gestión Ambiental.

Debido a los inconvenientes que surgen en la búsqueda de una delimitación al concepto medio ambiente y por la necesidad de un bien jurídico uniformemente aceptado y más cercano, parte de la doctrina propone el reconocimiento de la *biodiversidad'* como bien jurídico intermedio y con perfiles propios, pero en una relación de inferioridad jerárquica respecto del medio ambiente¹⁸. Esta concepción *restringida* responde a los requerimientos sociales antes indicados y permite concretar los objetos sobre los cuales debe recaer la acción típica, protección del suelo, de la flora y la fauna; mantenimiento de la pureza de las aguas; eliminación de desechos sólidos; protección contra emisión de gases perjudiciales; eliminación o reducción de los efectos perniciosos de la radioactividad y residuos químicos; protección contra el ruido fuera de los niveles permitidos por las autoridades, etcétera, obviamente sin

¹⁷ "...la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas". Art. 2, párrafo 5^o, del Convenio sobre diversidad Biológica, adoptado en Nairobi el 22 de mayo de 1992. Esther Ilna García, Delitos relativos a la protección de la Flora y Fauna, Derecho Penal del Medio Ambiente, Edición de Juan Terradillos Basoco, Trotta, 1997.- Además en la Legislación ecuatoriana está el Art. 1 de la Ley que protege la Biodiversidad en el Ecuador, donde dice que "se considerarán bienes nacionales de uso público, las especies que integran la diversidad biológica del país, esto es, los organismos vivos de cualquier fuente, los ecosistemas terrestres y marinos, los ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte". Ley N^o 23 publicada en el Registro Oficial 35, del 27 de septiembre de 1996.

¹⁸ Id. número 18, página 67.

escuidar los principios de intervención mínima del derecho penal como el de subsidiariedad¹⁹ y fragmentariedad²⁰.

2.- RESERVA DE LEY ORGÁNICA.

Según lo dispone el numeral 3 del artículo 142 de la Constitución Política del Ecuador, entre otras descritas en los numerales 1 y 2, son leyes orgánicas las que regulan las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección. La importancia de las leyes orgánicas estriba en las prerrogativas que les confiere la norma constitucional en el artículo siguiente, el 143, cuando ordena que *las leyes orgánicas serán aprobadas, reformadas, derogadas o interpretadas por mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional y, además, que una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de ley especial*.

Es indudable que el medio ambiente fue considerado por la Asamblea Constituyente como un derecho fundamental al ubicarlo dentro de los derechos colectivos y al incluirlo en los derechos civiles garantizados por el Estado.

El quid de la cuestión ahora es definir que debe considerarse como un derecho fundamental, para lo cual recurrimos al concepto teórico y puramente *formal o estructural* propuesto por Luigi Ferrajoli²¹:

19 "...según el cual el Derecho penal ha de ser la ultima ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos (...) Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad". Id. número 13, páginas 89 y 90.

20 "Significa que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque mas peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento". Id. número 13, página 90.

"Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por «derecho subjetivo»²² cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas". (el pie de página no es del original)

Empero, la definición de derecho fundamental puede constituirse en un problema de argumentación jurídica y, dentro de ella, de fundamentación jurídica, cuyo tinte rebasa la frontera de la pura ley y arriba a la esfera de la norma iusfundamental, donde se admiten como fuentes no sólo el texto legal, sino también la voluntad del legislador Constitucional y los antecedentes jurisprudenciales, según el modelo mixto material fundamental expuesto por Robert Alex²³.

De las expectativas positivas y negativas esbozadas por Ferrajoli nacen los llamados derechos a protección y a defensa, de los cuales los primeros corresponden a acciones positivas y los segundos a negativas'. Al margen de esta discutida clasificación, lo importante aquí es que el Estado brinda

²¹ Derechos Fundamentales, en los Fundamentos de los derechos Fundamentales, página 19, Trotta, 2001.

²² "*¿En qué sentido «corresponde» a todo derecho subjetivo una obligación? ¿En qué consiste esta correspondencia? (...) tal «correspondencia» sólo puede consistir en lo siguiente: en un enunciado que atribuya un derecho (a un individuo) es traducible, sin pérdida de significado, en un enunciado diferente que imponga obligación (a otro)*". Ricardo Guaslini, Id. anterior, página 57.

²³ Teoría de los Derechos Fundamentales, página 529 y siguientes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

²⁴ Id. anterior, página 441.

este *derecho de protección* de las intervenciones de terceros, a través de las sanciones de tipo penal.

Los derechos a protegerse por parte del Estado se extienden *desde la protección frente a acciones de homicidio del tipo clásico hasta la protección frente a los peligros del uso pacífico de la energía atómica*, porque no sólo la vida y la salud son bienes susceptibles de cuidado, sino todo aquello que, *desde aspectos iusfundamentales*, es digno de ser protegido, como la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad.

Las formas posibles de protección, pueden ser las normas del derecho penal, del derecho procesal y las acciones administrativas. De esta forma el orden jurídico legitima la intervención del Estado para proteger al titular de un derecho fundamental, y también para realizar acciones positivas o normativas con el fin de enmarcar sus límites.

En consecuencia tenemos que el medio ambiente se constituye, sin lugar a dudas, en uno de los «derechos fundamentales» *garantizados*²⁶ por el Estado a todas las personas, según el texto de nuestra Constitución, razón por la cual debe ser materia de ley orgánica (al igual que pensamos lo mismo del Código Penal Ecuatoriano, comentario que será ampliado en un futuro trabajo). La contravención de este principio acarrea la inconstitucionalidad de la normativa medioambiental aprobada de forma ordinaria.

Sin perjuicio de lo indicado, es necesario manejar con cautela el concepto de ley orgánica y su aplicación en el orden penal, porque podría llegarse a *una expansión excesiva de las Leyes orgánicas, con el fenómeno consiguiente de congelación legislativa, tan incompatible con el sistema democrático*, como lo admite la jurisprudencia española.

²⁵ Id. anterior 435 y 436.

²⁶ *"Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos mas importantes conquistas del conslitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales...- L* Ferrajoli, Id. numero 90, página 45.

Manuel Cobo del Rosal ^y Tomás Vives Antón, Comentarios al Código Penal, Tomo página 44, Edersa, 1999.

Para terminar, pensamos que la reserva de ley orgánica debe considerarse, en sí misma, también como una garantía constitucional amparada en el derecho-obligación seguridad jurídica, proponemos que el Legislador y el Tribunal Constitucional tomen las medidas necesarias para su aplicación evitando su desnaturalización y manipulación, con amparo en los principios establecidos por la doctrina y jurisprudencia internacional respecto a la teoría de los derechos fundamentales.