

## DERECHO PENAL ECOLÓGICO FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PACHA MAMA\*

Jan-Michael Simon\*\*

### RESUMEN

*El autor desarrolla algunos fundamentos para la protección jurídico-penal de la Pacha Mama. La tesis tiene como contexto normativo al sistema jurídico-constitucional ecuatoriano, el cual permite considerar a la naturaleza (Pacha Mama) como un sujeto de derecho y, como tal, meritorio de protección jurídico-penal de forma independiente a los derechos del ser humano (antropocentrismo). En esa misma línea argumentativa, se plantean nexos de coordinación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria.*

**PALABRAS CLAVE:** Delito de contaminación ambiental transnacional / Criminalidad económica / Criminalidad empresarial / Criminalidad organizada / Criminalidad moderna

**Recibido:** 12/11/2019

**Aprobado:** 15/11/2019

### I. Introducción

Desde la perspectiva del fin de la norma penal, la introducción de tipos penales al Código Penal que protejan a la naturaleza

puntualiza que un orden jurídico no solo se preocupa por el cumplimiento administrativo de las normas de su Derecho que regulan la explotación, distribución y organización de los recursos naturales en su territorio. Más bien, al crear tipos penales para la protección de la naturaleza, el legislador encarga a su medio más incisivo –es decir, al Derecho Penal– la protección de la fauna y flora, del agua, del aire y del suelo. De esta forma, se establece qué intervenciones graves contra la naturaleza son tan graves –como lo son en materias clásicas de la Parte Especial,

\* Ponencia presentada el 5 de septiembre de 2019 en el “III Congreso Internacional de Justicia Ambiental del Poder Judicial”, en la ciudad de Tarapoto/Perú. Con base en el pensamiento expuesto aquí, el autor elaboró una propuesta legislativa de “delitos contra la *Pacha Mama*” en el marco del anteproyecto para el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador de 2014 (publicado el 10 de febrero de 2014, R.O. N° 180, suplemento), la cual está en el Anexo a este artículo.

\*\* Jefe de la Sección América Latina del Max Planck Institut para el Derecho Penal extranjero e internacional - Alemania.

por ejemplo, los delitos de lesiones y contra la vida— que no deben ser solamente consideradas como una mera desobediencia administrativa.

Como objetivo de política criminal, la introducción de tipos penales al Código Penal que protejan a la naturaleza, atiende en general a la singular importancia de esta materia en el mundo contemporáneo; y en particular, al valor que una naturaleza intacta tiene para los países de América Latina, las que aún en muchas partes de su territorio cuentan con una fauna y flora original, y la cual, en cambio, en los países europeos ha sido destruida casi completamente, en el nombre del progreso económico y del desarrollo tecnológico.

## II. Ecologismo constitucional

La base de la protección de la naturaleza es la Constitución como norma suprema de un Estado de Derecho que establece valores, directrices y principios básicos para la convivencia de la sociedad. En materia de protección de la naturaleza, en la región de América Latina, destacan las Constituciones de Ecuador y Bolivia<sup>1</sup>. Con la Constitución

de Ecuador del año 2008<sup>2</sup>, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente en *Montecristi*, de manera similar a la nueva Constitución Boliviana expedida un año después —es decir, dos Constituciones latinoamericanas que se encuentran inspiradas en el movimiento neoconstitucionalista—, se otorgó un valor especial a la naturaleza<sup>3</sup>.

Así, la nueva Constitución de Bolivia estableció un derecho fundamental a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado (arts. 33-34 Constitución Política-BOL) y el Estado boliviano concibe en 2010 y 2012, a nivel de legislación ordinaria, derechos de la *Pacha Mama* (Madre Tierra en quechua), definida como sujeto colectivo de interés público<sup>4</sup>. Sin embargo, Ecuador ha ido aún más allá. De manera extraordinaria, tanto a nivel regional como mundial, Ecuador concibe a nivel constitucional a la naturaleza como *Pacha Mama* y la dota de sus propios derechos fundamentales (art. 10 II en conjunto con arts. 71-74 Constitución Política-ECU).

Con esto, la Constitución de Montecristi toma una posición contra las perspectivas antropocéntricas sobre la materia que se limitan a considerar a la naturaleza como ambiente del

1 También debe mencionarse el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, que reconoce en su sentencia T-622 del 10 noviembre de 2016 al río Atrato, en el departamento de Chocó, como sujeto de derechos. Asimismo, a nivel de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, destaca la sentencia N° 4360 del 5 de abril de 2018, en la cual se decidió proteger al ecosistema de la Amazonia colombiana, declarándola como entidad sujeto de derechos.

2 Publicado el 20 de octubre del 2008, R.O. N° 449.

3 Fuera del ámbito latinoamericano, destaca la legislación de Nueva Zelanda. El Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 (2017/7), aprobado el 20 de marzo de 2017, el cual concede al río Whanganui personalidad jurídica independiente, sujeto a todos los derechos, poderes, deberes, y pasivos de una persona jurídica. Además, delega la tutela del río a un representante nombrado por el Estado y otro elegido por las comunidades con intereses en el río. Por su parte, en la India destaca la sentencia del High Court de Uttarakhand en Nainital, Estado de Uttarakhand, en la cual se atribuye al río Ganges, afectado por la minería, personalidad jurídica; *Mohd. Salim vs. State of Uttarakhand et al.*, High Court of Uttarakhand, Writ Petition (PIL), N° 16, Sentencia del 20 de marzo de 2017 (ver Narain, Vrinda (2017). *Indian Court recognizes rivers as legal entities*, International Journal of Constitutional Law Blog, June 13, 2017, en: <http://www.icconnectblog.com/2017/06/indian-court-recognizes-rivers-as-legal-entities>, últ. vis. 15/11/19).

4 Artículo 5 de la Ley de Derechos de la Madre Tierra (Ley N° 071, del 21 de diciembre de 2010) y artículo 4.1 let. a Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (Ley N° 300, del 15 de octubre de 2012).

ser humano y que niegan una obligación fundamental de derecho del ser humano frente a la naturaleza. Más bien, por mandato constitucional se pasa de una protección del medio ambiente garantizada constitucionalmente a una relación ecológica con la naturaleza consolidada constitucionalmente.

Con ello, no solo se da un gran salto del **ambientalismo** a un verdadero **ecologismo** constitucional<sup>5</sup>. Además, se supera la discusión sobre la “inconveniencia sistémica” de un “derecho fundamental ambiental” (*Umweltgrundrecht*). Este derecho se debatió desde los años 70 en Alemania con relación a la consagración de la protección del medio ambiente como principio político de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de la República Federal de Alemania. Sin embargo, en el año 1994 solo resultó en la redacción de un fin programático del Estado (*Staatszielbestimmung*) en el artículo 20a de la Ley Fundamental<sup>6</sup>, en vez de consagrar un derecho fundamental (*Grundrecht*)<sup>7</sup>.

Este ecologismo constitucional del Ecuador presenta un cambio radical en el enfoque normativo-constitucional que permite

concebir la naturaleza como un ser valioso y protegible por sí mismo, **independientemente** de los efectos directos e inmediatos que tenga sobre los derechos humanos, en una época de crisis de la naturaleza a nivel global<sup>8</sup>. Consecuentemente, delimita al legislador ecuatoriano la calidad del Derecho, al que deberá ceñirse la legislación cuando se trate de asuntos relativos a la naturaleza: Derecho ecológico en lugar de Derecho del medio ambiente. Esto tiene consecuencias para el Derecho Penal.

### III. Legitimación de la protección jurídico-penal de la naturaleza

Mientras que el Derecho Penal del medio ambiente tiene que legitimar la protección jurídico-penal de la naturaleza por ser esta el entorno (medio ambiente) del hombre, para el Derecho Penal ecológico, la protección jurídico-penal de la naturaleza tiene que legitimarse por su concepción y garantía constitucional como persona frente a la persona humana - obviamente, no en un sentido naturalista sino estableciendo un equilibrio entre personas jurídicas. Las personas humanas

5 Zaffaroni, Raúl. (2012). *La Pacha Mama y el Humano*. Ediciones Madres de la Plaza de Mayo: Buenos Aires, p. 42.

6 Artículo 20a (Protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales): “El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”. El alcance constitucional limitado de este concepto se revela actualmente en el hecho de que la cuestión esencial para la protección del clima, si el artículo 20a solo alcanza a los fundamentos naturales de la vida y a los animales dentro de los límites territoriales de la República Federal o también a nivel extraterritorial, aún está siendo discutida y no ha sido decidida por la jurisprudencia.

7 Ello en contraste, además, con los derechos a un ambiente sano, consagrados en la Constitución de Ecuador en su artículo 14, ubicado sistemáticamente luego del derecho al agua (artículo 12) y a la alimentación (artículo 13). Para las discusiones sobre el “derecho fundamental ambiental” en el marco constitucional alemán cf. Kloepfer, Michael. (2005). *Art. 20a*, en: Wolfgang Kahl, et al., eds., *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg (edición complementaria N° 116), nm. 23.

8 Aguilera Bravo, Mario y Cándor Salazar, Mercedes. (2010). *La iniciativa Yasuni ITT como materialización de los derechos de la naturaleza*, Aportes Andinos N° 27, Quito, p. 4. El concepto de la naturaleza como sujeto de derechos es de larga data. Uno de los primeros en conceptualizar derechos de la naturaleza es Stone, Christopher. (1975). *Should trees have a standing? Toward legal rights for natural objects*, *Western American Literature* 9 (N° 4), pp. 319-320. Como principal proponente de los derechos de la naturaleza en Latinoamérica se considera al ambientalista chileno Stutzin, Godofredo. (1985). Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza. *Ambiente y Desarrollo* 1 (N° 1), pp. 97-114.

pueden entonces, de acuerdo con esta nueva disposición constitucional, lesionar derechos propios de la naturaleza en su relación con ella.

Por esto, el Derecho Penal ecológico puede también, en el caso en el que su aplicación deba fundamentarse en la protección de bienes jurídicos, prescindir de la habitual referencia a los bienes jurídicos de terceros. Lo anterior dado que, desde esta perspectiva, la punibilidad concreta de la relación humana con la naturaleza, descansa siempre en el hecho de que el comportamiento humano lesiona directamente bienes jurídicos de la naturaleza.

Por ello, la fundamentación de la legitimación constitucional de un Derecho Penal ecologista no se ve afectada por el debate entre los partidarios de las diversas teorías del bien jurídico – si es que se sostiene que el Derecho Penal protege bienes jurídicos<sup>9</sup>, sino más bien la sociedad<sup>10</sup>, por lo que la introducción de tipos penales que protejan la naturaleza se legitimaría con la persistencia de la sociedad, en vez de argumentar con bienes jurídicos<sup>11</sup>. El debate entre las diversas teorías del bien jurídico típicamente ocurre en las disputas acerca del Derecho Penal ambientalista. Más prominentemente, se suelen disputar los límites del concepto del bien jurídico entre

los defensores de la teoría personal del bien jurídico, y las variantes –estadistas y sociales– menos rigurosas de la teoría monista del bien jurídico. Estas últimas se conforman en legitimar la protección penal de bienes jurídicos a partir de la idea de que la protección de intereses fundamentales “universales” o “colectivos” para los seres humanos, tales como el interés a “un medio ambiente sano”<sup>12</sup>, también es funcional en cuanto a intereses personales-individuales de seres humanos como el de la salud<sup>13</sup>.

Las posiciones menos rigurosas de la teoría monista del bien jurídico simplemente carecen de fundamento para la legitimación de un Derecho Penal ecologista, es decir, de un Derecho Penal de protección de la naturaleza por sí misma, debido a su concepción normativa de la *Pacha Mama* como titular de derechos frente a la persona humana. Esto, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de discutir la funcionalización de bienes jurídicos individuales para la construcción de un bien jurídico “universal” o “colectivo”, cuando el objetivo político-criminal en la concepción del tipo penal **básico** se extienda más allá de la protección de la naturaleza por sí misma.

Tampoco, y más importante aún, un Derecho Penal ecologista se ve confrontado con el

- 9 Cf. ya Schaffstein, Friedrich. (1935a). *Das Verbrechen eine Rechtsgutverletzung?*, Goldammer’s Archiv für Strafrecht, pp. 97-105, *passim*.
- 10 Jakobs, Günther. (2012). *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, Schönigh, Paderborn, especialmente p. 18 y ss, quien concluye que “la validez de la norma es el verdadero bien jurídico” (p. 20); esta disputa no debe confundirse con la pregunta si normas del Derecho Penal derivan de la teoría del bien jurídico - pregunta expresamente negada por el Tribunal Constitucional alemán, respecto al caso de la penalización del incesto en el año 2008 (BVerfGE 120, 224, p. 241).
- 11 Ibidem, p. 29; sin embargo, crítico respecto al concepto de la libertad demasiado estrecho de esta posición Schick, Stefan. (2015). *Günther Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012*, Rechtsphilosophie, Zeitschrift für Grundlagen des Rechts 1, pp. 111-116, 115.
- 12 Cf., en cambio, los artículos 14 y 32 *in fine* de la Constitución de Ecuador.
- 13 Cf. acerca de esta discusión Hassemer, Winfried y Neumann, Ulf. (2013). *Vor § 1*, en: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann & Hans-Ullrich Paeffgen, eds., *Nomos Kommentar-Strafgesetzbuch*, tomo 1, 4ª edición, Baden-Baden, nm. 117 y ss.

riesgo de tomar decisiones, ya no solo académico sino **constitucionalmente** equívocas, insertas en el debate entre los defensores de la teoría personal del bien jurídico y los defensores de las teorías del bien jurídico estatista y/o social.

Dada la concepción normativa de la *Pacha Mama* como titular de derechos frente a la persona humana, el legislador de un Derecho Penal ecologista como consecuencia de un ecologismo constitucional, no corre el riesgo de superponer bienes jurídicos “universales” o “colectivos” a los bienes jurídicos individuales, como sería consecuente cuando se siga en un Derecho Penal ambientalista una de las teorías monistas del bien jurídico estatista y/o social<sup>14</sup>.

El alto potencial nocivo para las libertades individuales de la construcción de jerarquías entre bienes jurídicos “universales” o “colectivos” y bienes jurídicos individuales, nos enseña –aún, sin duda, de manera drástica– la historia del “Derecho” penal nazista con “valores” tales como “sangre alemana” (*deutsches Blut*) y “honor alemán” (*deutsche*

*Ehre*),<sup>15</sup> que culmina, consecuentemente en el abandono del concepto del bien jurídico a favor de una concepción de la “infracción de deber” (*Pflichtverletzung*)<sup>16</sup> de un “Derecho Penal de la voluntad” (*Willensstrafrecht*) o de “autor” (*Täterstrafrecht*),<sup>17</sup> para sancionar a “tipos de autor” (*Tätertypen*)<sup>18</sup> en un Derecho Penal contra enemigos<sup>19</sup> –una “lucha contra el crimen” (*Verbrechensbekämpfung*) guiada por consideraciones de conveniencia, desvinculada del Derecho<sup>20</sup>– y que en última instancia llega a declarar “vidas sin valor de vidas” (*Lebensunwertes Leben*)<sup>21</sup>.

Además, por lo anterior ya queda claro por qué un Derecho Penal ecologista, con una base en un ecologismo constitucional, jamás se verá afectado por aquellas críticas que defienden el liberalismo político, los principios democráticos y los derechos humanos contra peligros de un supuesto totalitarismo ecologista. Estas críticas suelen utilizar como argumento que el antecedente en la historia humana de una legislación realmente ecológica y completa en el sentido moderno ha sido aquella sancionada por el régimen nazista alemán<sup>22</sup>, con la Ley de protección

14 Sobre este riesgo cf. Hassemmer & Neumann. (2013). *Op. cit. supra* n. 14, nm. 137.

15 Cf. acerca de una de las “Leyes de Núremberg”, la “Ley para la Protección de la Sangre y el Honor de los Alemanes” del 15 de septiembre de 1935 (“Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre”, “Blutschutzgesetz”, RGBl. I, 1146 = Gaceta Legislativa del Reich, tomo I, p. 1146), la decisión del año 1937 de la Gran Sala del Tribunal Supremo del Reich (“Reichsgericht”, RGSt 70, 377).

16 Cf. Schaffstein, Friedrich. (1935b). *Verbrechen als Pflichtverletzung*, Juncker Duennhaupt, Berlin, *passim*.

17 Cf. respecto a este proceso, el análisis amplio de Vornbaum, Thomas. (2009). *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Springer, Berlin-Heidelberg, p. 185 y ss.

18 Respecto al concepto de “Tätertypen” cf. Frommel, Monika. (1980). *Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahr 1941*, Juristen Zeitung 35, pp. 559-564, *passim*.

19 Zaffaroni, Raúl. (2006). *El enemigo en el Derecho Penal*. Dykinson, Madrid, p. 102.

20 Cf. el análisis crítico del programa de Marburgo como antecedente conceptual del Derecho Penal nacionalsocialista de Nauke, Wolfgang. (1982). *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 94, pp. 525-564, 556.

21 Zaffaroni. (2006). *Op. cit. supra* n. 20, p. 102 y s., con referencia al desafortunado trabajo póstumo de Binding, Karl & Hoche, Alfred. (1920). *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form*, Meiner, Leipzig, *passim*, cuya relación con su teoría de normas es discutible cf. Vornbaum. (2009). *Op. cit. supra* n. 18, p. 139.

22 Cf. la crítica de Zaffaroni. (2012). *Op. cit. supra* n. 6, p. 33 y ss. a la posición de Luc Ferry, señalando, que “el amplio desarrollo de la legislación ecológica no es un mérito nazista, sino alemán, en una línea continua muy anterior

de animales<sup>23</sup>, la Ley de caza del *Reich*<sup>24</sup> y el producto del inspector de montes del *Reich*, *Herman Göring*, la Ley de protección de la naturaleza del *Reich*<sup>25</sup>.

Además, para poder explicar la necesaria reserva general que el legislador penal debe tener, basado en un Estado de Derecho, cuando tipifique **peligros de lesiones** a bienes jurídicos personales, en comparación con la tipificación de **lesiones** a los mismos bienes jurídicos, a diferencia de un Derecho Penal ambientalista, el Derecho Penal ecologista no le pone problemas conceptuales en defender su posición<sup>26</sup>, salvo que se plantearía el concepto de persona de forma naturalística. Esto, precisamente porque un ecologismo constitucional, a diferencia del ambientalismo constitucional, ha optado por la presencia jurídica de la *Pacha Mama* como titular de derechos en los conflictos entre el ser humano y la naturaleza, lo que implica que una conducta tipificada **penalmente** como ecológicamente dañina constituye por

sí misma una intervención criminal en sus bienes jurídicos<sup>27</sup>.

Por todo lo anterior, la legitimidad constitucional de un Derecho Penal ecologista, basado en el ecologismo constitucional, es perfectamente compatible con la posición garantista de la teoría personal del bien jurídico, sin las falacias de la mediatización de la naturaleza a través de la persona humana.

#### IV. Justificación de la protección jurídico-penal de la naturaleza

Ahora, si bien la legitimidad constitucional de un Derecho Penal ecologista depende de la definición de un bien jurídico *lesionado* como condición constitucional *necesaria*, en el sentido limitativo del concepto<sup>28</sup>, esta no es *suficiente* para justificar la penalización de su lesión<sup>29</sup>. Más bien, cualquier penalización tiene que llenar los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y de la proporcionalidad,<sup>30</sup> ponderando los intereses en conflicto *ante*

al nazismo y que fue rectificada pero seguida con posterioridad a este"; para una reflexión sobre el tema cf. los aportes en Radkau, Joachim y Uekötter, Frank, eds. (2003). *Naturschutz und Nationalsozialismus*, Campus, Frankfurt a.M.-New York.

- 23 "Tierschutzgesetz" del 24 de noviembre de 1933, RGBl. I, 987; cabe la aclaración, que la Ley de protección de animales había sido antecedida (!!) unos meses antes por la introducción del artículo 145d al Código Penal a través de la Ley de Modificación a Normas Penales del 26 de mayo de 1933 ("Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften", RGBl. I, 295 = Gaceta Legislativa del Reich, tomo I, p. 295), que es el antecesor del artículo 17 del la Ley de protección de animales actual de Alemania del 24 de julio de 1972 ("Tierschutzgesetz", BGBl. I, 1277 = Gaceta Legislativa de la Federación, tomo I, p. 1277; texto refundido el 18 de mayo de 2006, BGBl. I, 1206, 1313), y que ha servido como modelo para el artículo 2 de la presente Propuesta (Maltrato de animales vertebrados).
- 24 "Reichsjagdgesetz" del 1 de julio de 1934, RGBl. I, 549.
- 25 "Reichnaturschutzgesetz" del 26 de junio de 1935, RGBl. I, 821.
- 26 Cf., en cambio, para el contexto del Derecho Penal ambientalista, contra las teorías del bien jurídico estatistas y/o sociales, la conclusión de Hassemer y Neumann. (2013). *Op. cit. supra* n. 14, nm. 137.
- 27 Cf., aun fuera del contexto penal, Aguilera Bravo y Córdor Salazar. (2010). *Op. cit. supra* n. 9, p. 4.
- 28 Cf. la crítica acentuada de Zaffaroni contra el discurso del "bien jurídico tutelado" y su efecto expansivo-legitimador en Zaffaroni, Raúl et al. (2002). *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición, Ediar, p. 128 y ss.
- 29 Hassemer & Neumann. (2013). *Op. cit. supra* n. 14, nm. 137, Roxin, Claus. (2013). *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 15, p. 22 y ss. y Ferrajoli, Luigi. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 9ª edición, Trotta, Madrid, p. 471.
- 30 Sobre el sentido variable de los tres conceptos en la doctrina alemana cf. Prittwitz, Cornelius. (2000). *El Derecho Penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal*. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal

**la intensidad de la intervención punitiva en la libertad**<sup>31</sup>, siendo la penalización la última medida<sup>32</sup>.

Un Derecho Penal ecologista subsidiario, de *ultima ratio* y proporcional, por definición constitucional, debe fijar sus fines de acuerdo a los diferentes intereses en el ejercicio de la libertad de las personas humanas y en la integridad de la naturaleza, y ponderarlos<sup>33</sup>. Esta es la consecuencia radical del ecologismo constitucional que concibe a la naturaleza como un ser valioso y protegible por sí mismo. Y es precisamente aquí donde la observación de Zaffaroni sobre la “seria crisis (d)el concepto tradicional de Derecho” que implica “(R)econocer la existencia de sujetos de Derecho no humanos en el Derecho (...)”<sup>34</sup> revela su verdadero sentido crítico.

El sistema constitucional ecologista del Ecuador prevé una regla de ponderación

específica para el *test* de la justificación del Derecho Penal ecologista: el *sumak kawsay* (quechua). Esta regla del “buen vivir” –*suma qamaña*, “vivir bien” aymara– aparece como un concepto holístico que sirve de fundamento e integra el conjunto de aspectos que constituyen la vida política del país<sup>35</sup>. Es en el *sumak kawsay* como regla constitucional de proveniencia de la cosmovisión indígena andina<sup>36</sup> donde convergen los principios *pro homine* y *pro natura* de la Constitución en una respuesta antisistémica al concepto individualista de bienestar<sup>37</sup>.

Ahora bien, la ponderación que verifica la justificación de una penalización es diferente a la ponderación que debe preceder la penalización de una conducta. La ponderación que justifica la penalización consiste en buscar un equilibrio entre la lesividad del delito y la afflictividad de la pena, donde la esfera de los intereses tutelables es tanto más amplia cuanto menor es el coste de la pena<sup>38</sup>.

---

de la Universidad Pompeu Fabra, eds., La insostenible situación del Derecho Penal, Comares, Granada, pp. 427-446, *passim*; cf. para una crítica conceptual del principio de la *ultima ratio*, sobre todo en cuanto al peligro que este principio en vez de ser considerado un principio limitativo se vuelva en lo contrario Jareborg, Nils. (2004). *Criminalization as last resort (ultima ratio)*. Ohio State Journal of Criminal Law 2, pp. 521-534, *passim*.

31 Crítico respecto a la opinión y práctica dominante de la ponderación, fundamentalmente Ladeur, Karl-Heinz. (2004). *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, *passim*; *id.* (2006). *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 343 y ss.

32 Cf. especialmente la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del año 2008, *op. cit. supra* n. 11, con el voto disidente de Hassemer (BVerfGE 120, 224, p. 255 y ss.).

33 Subsidiariedad del Derecho Penal no es una mera variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, como sí lo afirma Jakobs, Günther. (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edición, de Gruyter, Berlin-New York, p. 49, siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional Alemán en cuanto al principio de *ultima ratio* en el año 1975 (BVerfGE 39, 1, p. 46 y ss.). Más bien, como señala acertadamente Prittwitz (2000), *op. cit. supra* n. 31, p. 439, el principio de proporcionalidad presupone fines y establece la adecuación del medio, mientras que el principio de la subsidiariedad y de la *ultima ratio* hacen parte de la decisión política sobre los fines.

34 Zaffaroni. (2012). *Op. cit. supra* n. 6, p. 20.

35 Cf. Cortéz, David. (2010). *Genealogía del “buen vivir” en la nueva constitución ecuatoriana*. En: Raúl Fornet-Betancourt, ed., Gutes Leben als humanisiertes Leben. Vorstellungen vom guten Leben in den Kulturen und ihre Bedeutung für Politik und Gesellschaft heute. Dokumentation des VIII. Internationalen Kongresses für Interkulturelle Philosophie, Mainz, pp. 227-248, 227.

36 Cf. la explicación de Huanacuni Mamani, Fernando. (2010). *Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, Lima, *passim*.

37 Acosta, Alberto. (2008). *Bitácora Constituyente*, Abya Yala, Quito, p. 2013 y ss.

38 Ferrajoli. (2009). *Op. cit. supra* n. 30, p. 472.

En cambio, no es tarea del Derecho Penal delimitar esferas jurídicas. Más bien el Derecho Penal sigue de manera accesoria a un orden que delimita esferas jurídicas, los cuales deben garantizarse a través de sanciones punitivas, cuando pasen el test de *ultima ratio* y proporcionalidad<sup>39</sup>, Esto es aún más evidente, cuando se trata, como en la materia de la protección de la naturaleza, de la accesoria del Derecho Penal respecto al Derecho Administrativo<sup>40</sup>, que, en este sentido<sup>41</sup>, no es más que la manifestación expresa del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal<sup>42</sup>,

Por ello, independientemente del argumento de la unidad del sistema jurídico<sup>43</sup>, que en el caso de la Constitución de Ecuador también incluye a las normas provenientes de la jurisdicción indígena (artículo 171)<sup>44</sup>, no es posible penalizar conductas a través del ordenamiento **secundario** de sanciones punitivas

que son permitidas según el ordenamiento **primario** de la Constitución, del Derecho administrativo y del Derecho indígena<sup>45</sup>; estas conductas no son ni siquiera típicas. Y por la misma razón, tampoco es posible penalizar conductas que, aunque no sean expresamente permitidas, ante el limitado ámbito de prohibición del ordenamiento primario del Derecho Administrativo, salvo el caso de un vacío jurídico notorio<sup>46</sup> por mandato constitucional<sup>47</sup> se tenga que deducir su legalidad —**la libertad es la facultad natural de cada uno de hacer lo que le plazca, a menos que esté impedido por la fuerza o por el Derecho**—<sup>48</sup>.

Por lo anterior, —salvo los escasos casos en que la Constitución contenga disposiciones con un contenido de aplicación directa respecto a la naturaleza<sup>49</sup>, o en el caso que establezcan una prohibición de aplicación

- 39 Cf. ya Binding, Karl. (1885). *Handbuch des Strafrechts*, tomo 1, Duncker & Humblot, Leipzig, p. 10 y s; cf. además Renzikowski, Joachim. (2005). *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, en: Robert Alexy, ed., *Juristische Grundlagenforschung*, ARSP-Beiheft 104, Stuttgart, pp. 115-137, 134.
- 40 Cf. Frisch, Wolfgang. (1993). *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, Müller, Heidelberg, p. 10 y ss., 18 y ss.
- 41 Ferrajoli. (2009). *Op. cit. supra* n. 30, p. 473 y s. Respecto al antiguo sentido de la subsidiariedad del Derecho Penal equiparado a la accesoria del Derecho Penal cf. Prittwitz. (2000). *Op. cit. supra* n. 31, p. 431.
- 42 Cf. para el Derecho Penal ambientalista alemán Steindorf, Joachim. (1997). *Umweltstrafrecht*. 2ª edición, de Gruyter, Berlin-New York, nm. 23.
- 43 Como lo plantea Frisch. (1993). *Op. cit. supra* n. 41, p. 8 y s.
- 44 Para un análisis del teorema de la “fragmentación” del sistema jurídico cf. Holmes, Pablo. (2011). *The rhetoric of ‘legal fragmentation’ and its discontents. Evolutionary dilemmas in the constitutional semantics of global law*, *Utrecht Law Review* 7, pp. 113-140, *passim*.
- 45 Para la diferenciación entre reglas primarias de conducta y reglas secundarias de sanción en la teoría de normas cf. Hart, Herbert L.A. (1994). *The Concept of Law*. 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, p. 34 y ss., 97 y ss.
- 46 Frisch. (1993). *Op. cit. supra* n. 41, p. 8.
- 47 Cf. a partir de la fórmula de Montesquieu en el Capítulo IV del Libro XI del Espíritu de las Leyes, y del artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia del 1789, por ejemplo, el artículo 66, inciso 29, literal d de la Constitución de Ecuador, artículo 5 de la Constitución de Guatemala, el artículo 8 de la Constitución de El Salvador, el artículo 70 de la Constitución de Honduras, el artículo 32 de la Constitución de Nicaragua, el artículo 5, inciso I de la Constitución del Brasil, el artículo 2, inciso 24, literal a), y el artículo 9 de la Constitución del Paraguay.
- 48 *libertas est naturales facultas ejus, quodcuique facere libet, nisi si quid vi, aut jure prohibetur* (Corpus Iuris Civilis, Florentin 9 institutionum digesta 1, 5, 4 pr.).
- 49 Como es el caso del artículo 15, inciso 2, el artículo 322 *in fine*, artículo 401 *in fine*, y del artículo 407 en la Constitución del Ecuador, descartando aquí las prohibiciones con un mero contenido *indirecto*, como las del artículo 282, inciso 2, artículo 318 *in fine*, artículo 322 *in fine*, y del artículo 402 de la misma.

directa para la protección de la naturaleza<sup>50</sup>— en cuanto al *jure prohibetur* del Derecho Administrativo, el legislador ecologista tiene la tarea de delimitar en el Derecho primario la esfera jurídica de la *Pacha Mama* y las libertades individuales a fin de alcanzar el *sumak kawsay*; en otras palabras: es necesario crear un auténtico Derecho administrativo ecologista y también una legislación de cooperación y coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria<sup>51</sup>,

Esta meta constitucional se podrá alcanzar,<sup>52</sup> ponderando los derechos en la balanza con la lógica **formal** de la “fórmula del peso” del dualismo normativo de la teoría de principios de Alexy<sup>53</sup>, o con fórmulas **materiales** que tienen como punto de partida el contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>54</sup>. Como alternativa, el ordenamiento primario también se podría alcanzar, sin ponderación alguna, en un modelo procedural de colisión —escéptico en cuanto a la capacidad

de control estatal<sup>55</sup>— siempre y cuando el procedimiento siga la meta constitucional del *sumak kawsay*. En cuanto a esta alternativa, vale aclarar, que esta **no** presupone necesariamente una base política en el proyecto neoliberal, como sugieren algunos que la denuncian como producto “potenciado” por “los dictados del proyecto neoliberal”<sup>56</sup>. Ello es más que evidente ante proyectos procedurales decididamente antineoliberales, de la Escuela de Frankfurt, ya sea en su variante de Habermas<sup>57</sup>, o en su variante de la teoría crítica de sistemas de Teubner<sup>58</sup>.

En cambio, en cuanto al ordenamiento secundario-punitivo, claro es que este medio más incisivo del Estado en la libertad de la persona no puede prescindir de la ponderación en el proceso de la penalización de las conductas contra los bienes jurídicos de la *Pacha Mama*. Esta ponderación tiene como regla que ningún bien justifica una protección penal —en vez de una civil o

50 En el caso del Ecuador la única se encuentra en el artículo 73, inciso 2.

51 Prevista en el caso de la Constitución de Ecuador en el artículo 171 *in fine*.

52 Cf. Aguilera Bravo y Córdor Salazar. (2010). *Op. cit. supra* n. 9, p. 4.

53 Alexy, Robert. (2011). *Die Doppelnatur des Rechts*, Der Staat 54, pp. 389-404, *passim*. Para una crítica conceptual, cf. Poscher, Ralf. (2016). *Teoría de un fantasma. La búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto*, en: María Elósegui Itxaso, coord., Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 111-141, *passim*. Una sinopsis de las críticas metodológicas y sustantivas contra la teoría de principios, aunque desarrollada mediante datos de la jurisprudencia en vez de la legislación pero en conclusiones generales, se encuentra en Šušnjar, Davor. (2010). *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, p. 245 y ss.

54 Cf., más prominentemente en la región de América Latina, Häberle, Peter. (1983). *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, 3ª edición, Müller, Heidelberg, p. 31 y ss; cf. también el planteamiento muy elaborado y valioso para la práctica de Šušnjar. (2010). *Op. cit. supra* n. 54, p. 348 y ss, *passim*.

55 Cf. las obras *op. cit. supra* n. 32 e Ladeur. (2011). *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie*, Der Staat 50, pp. 493-531, 504.

56 Como pareciera sugerir Aparicio Wilhelmi, Marco. (2011). *Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las constituciones de Ecuador y Bolivia*, Revista General de Derecho Público Comparado Nº 9, pp. 1-24, 3.

57 Habermas, Jürgen. (1992). *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., *passim*; cf. también Wiethölter, Rudolf (1968). *Rechtswissenschaft*, Fischer, Frankfurt a.M.-Hamburg, *passim*.

58 Cf. Teubner, Günther. (1984) *After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law*, International Journal of Sociology of Law. 12, pp. 375-400, *passim* y Fischer-Lescano, Andreas. (2012). *Critical systems theory*, Philosophy y Social Criticism 38, pp. 3-23, *passim*.

## COMENTARIO RELEVANTE DEL AUTOR

La Constitución de Montecristi toma una posición contra las perspectivas antropocéntricas sobre la materia que se limitan a considerar a la naturaleza como ambiente del ser humano y que niegan una obligación fundamental de derecho del ser humano frente a la naturaleza. Más bien, por mandato constitucional se pasa de una protección del medio ambiente garantizada constitucionalmente a una relación ecológica con la naturaleza consolidada constitucionalmente.

administrativa— si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena<sup>59</sup>.

### V. Final

Finalmente, para concluir, es necesario señalar que la Constitución de Monte Cristi que se utilizó como ejemplo para explicar la base de un Derecho Penal ecológico, no está exenta de críticas. Una crítica fundamental fue formulada por Jaria i Manzano<sup>60</sup>. Esta crítica

cuestiona de forma general la utilización de la cultura de los derechos para la protección de la naturaleza<sup>61</sup>, así como especialmente la apelación a ideas de origen indígena como la *Pacha Mama* y el *sumak kawsay*<sup>62</sup>, considerándolas como mera “retórica indígena que cubre una estructura plenamente incardinada en las ideas de la modernidad occidental”<sup>63</sup>. En cambio, esta crítica propone, desde la perspectiva del pensamiento de la ecología profunda<sup>64</sup>, una justicia ambiental, basada en la idea del respeto, de la dignidad y de la responsabilidad<sup>65</sup> e —inspirada por el filósofo suizo Josef Estermann<sup>66</sup>—, fundamentalmente en la idea de lo sagrado<sup>67</sup>.

Si bien la *Realpolitik* llevaría a entender que esta apreciación crítica del texto constitucional en materia de protección de la naturaleza como mera “retórica indígena” podría ser correcta, tal como el propio ex presidente de la Constituyente Alberto Acosta lo diera a entender en su momento<sup>68</sup>, no compartimos el razonamiento de Jaria i Manzano. Esto, porque su planteamiento se basa en una comprensión equívoca de la relación entre la sociedad y la religión. Plantea, concretamente, “(...) una superación de la cultura de los derechos, en el marco de una concepción holística que ha de redefinir el propio rol del ser humano en el

59 Ferrajoli. (2009). *Op. cit. supra* n. 30, p. 472.

60 Jaria i Manzano, Jordi. (2013). *Si fuera sólo una cuestión de fe. Una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza en la Constitución del Ecuador*, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 4, pp. 43-86.

61 *Ibidem*, p. 67 y ss.

62 *Ibidem*, p. 50 y ss, 63 y ss.

63 *Ibidem*, p. 70.

64 Respecto a sus fuentes, cf. las referencias divergentes en *ibid.*, p. 71 y ss. y de Zaffaroni. (2012). *Op. cit. supra* n. 6, p. 71 y ss.

65 Jaria i Manzano. (2013). *Op. cit. supra* n. 61, p. 75 y ss.

66 Estermann, Josef. (1998). *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala, Quito.

67 *Ibidem*, p. 78 y ss.

68 Acosta, Alberto (2015). *Constitución de Montecristi. La calentura no está en las sábanas*, en: <<https://www.planv.com.ec/historias/politica/constitucion-montecristi-la-calentura-no-esta-sabanas>>, últ. vis. 15/11/2019.

ciclo de la vida y el cosmos ... para afrontar la situación de quiebra del modelo civilizatorio en que nos hallamos<sup>69</sup>; y apuesta, en consecuencia, que su propuesta "(...) pone en duda la secularización y la negación de lo sagrado", denunciándolas como "*ethos* burgués que funda la cultura hegemónica del capitalismo y la tecnociencia"<sup>70</sup>.

No compartimos este razonamiento por dos razones. La primera es de índole axiológica, simplemente por considerar el abandono de nuestra cultura de derechos que plantea Jaria i Manzano no debe ser una opción para proteger la naturaleza. Significaría, en efecto, acabar con el modelo civilizatorio que construimos a lo largo de los últimos tres siglos, incluyendo a las lecciones de la Segunda Guerra Mundial. La segunda razón está dirigida contra la idea fundamental de lo sagrado como base de la justicia ambiental en la propuesta de Jaria i Manzano. La idea de lo sagrado no es una condición necesaria para darle un contenido real a los conceptos de *Pacha Mama* y *sumak kawsay*. Al incorporar ideas de origen indígena, lo que se incorporó fue una manifestación del saber de la cultura ancestral andina de convivencia con la naturaleza. Esta, como demuestra Zaffaroni<sup>71</sup>, se encuentra con una cultura científica que ha desarrollado pensamientos equivalentes a la *Pacha Mama*, como la hipótesis *Gaia*, según la cual el planeta es un ente viviente –no en el sentido de un organismo o un animal, sino en el de un sistema autopoietico que se redefine continuamente a sí mismo y se auto sostiene<sup>72</sup>. Por ello, tanto la cultura ancestral andina como la cultura científica logran, cada una de su modo, explicar nuestra tierra como un organismo vivo, sea como una cuestión de fe o de razonamiento científico.

### Anexo: Propuesta de legislación de delitos contra la *Pacha Mama*

Junto a tres delitos básicos contra la fauna, la flora y la contaminación de la naturaleza, así como sus respectivas calificaciones –que ya se habían presentado entre 2008 y 2009 en trabajos previos del autor para un anteproyecto de una Parte Especial para la reforma del Código Penal de Bolivia–, el autor desarrolló una propuesta legislativa de "delitos contra la *Pacha Mama*" para el anteproyecto del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador de 2014 (en adelante, "la Propuesta").

La Propuesta desarrolla tipos penales adicionales relativos al Derecho Penal de protección del agua, de la protección del suelo y de sustancias peligrosas. Más allá de esto, la Propuesta desarrolla, entre otros, tipos penales relativos al tráfico ilícito de especies, fraude procesal, atipicidad de la conducta, arrepentimiento eficaz, reglas acerca de la sanción de personas jurídicas y sobre penas accesorias, reglas del orden procesal-penal sobre el principio de oportunidad y la acción popular, reglas sobre medidas cautelares de protección, así como definiciones conceptuales.

Mientras que el legislador ecuatoriano del Código Orgánico Integral Penal de 2014 no quiso adoptar la propuesta de una estructura fundamental del Derecho Penal ecológico en sus tres tipos penales básicos y, en consecuencia, tampoco siguió la sistemática de los tipos penales –acogió, más bien, solo algunas propuestas aisladas contenidas en la Propuesta–, el Anteproyecto de Código Penal de

69 Jaria i Manzano. (2013). *Op. cit. supra* n. 61, p. 80 y ss.

70 *Ibidem*, p. 79.

71 Zaffaroni. (2012). *Op. cit. supra* n. 6, p. 78 y ss., 84 y ss., 113 y ss., 145 y ss.

72 *Ibidem*, p. 79.

la Nación de Argentina de 2014<sup>73</sup> incorporó en el título “Delitos contra el Ambiente, la Fauna y la Flora” la estructura fundamental propuesta y, en lo esencial, también la sistemática del fundamento de la Propuesta de legislación para Ecuador, incluyendo a los tres tipos penales básicos junto con sus elementos del tipo.

En particular, la estructura de la Propuesta expone la autonomía de los bienes jurídicos protegidos por el nuevo Derecho Penal de protección de la *Pacha Mama*. Las primeras dos secciones se concentran en tipificar la integridad de las dos dimensiones de la *Pacha Mama*: La fauna (Sección Primera) y la flora (Sección Segunda), diferenciando a su vez entre la fauna silvestre o acuática (artículo 1) y la protección de los animales por ser animales, incluyendo tanto a la fauna silvestre y acuática como a la fauna doméstica y urbana (artículo 2), así como respecto a la flora, entre la flora silvestre o acuática (artículo 4) y los bosques u otras tierras forestales (artículo 5).

La Sección Tercera busca tutelar los recursos hídricos (artículo 7), marino-costeros (artículo 8), y al destino del suelo (artículo 9). La Sección Cuarta penaliza como delito básico la contaminación (artículo 11), típico delito en la presente materia penal, y su variante de manejo de materias peligrosas (artículo 12).

La Sección Quinta contiene disposiciones comunes que penalizan el tráfico ilícito, el cultivo y la cría ilícita (artículo 14) y el fraude procesal (artículo 15), como también excepciones a la responsabilidad penal (artículo 16) y disposiciones sobre

la aplicación del criterio de oportunidad (artículo 17), así como atenuantes (artículo 18), las penas aplicables a los delitos cometidos por servidoras y servidores públicos (artículo 19) y disposiciones sobre la fijación de la multa (artículo 20), penas accesorias (artículo 21), obligación de restauración (artículo 22), acusación particular (artículo 23), medidas cautelares para proteger a la víctima o a otras partes procesales (artículo 24) y definiciones (artículo 25).

En cuanto a la naturaleza jurídica de los delitos, mientras que los tipos penales son delitos de acción simple dolosa, con excepción de los agravantes en los incisos 2 de los artículos 3, 6, 10, y 13, que son calificaciones preterintencionales, solo respecto de las actuaciones más peligrosas en el artículo 5, inciso 3 (provocación de incendio), artículo 11, inciso 3 (delito de contaminación) y artículo 12, inciso 2 (manejo ilegal de materias peligrosas) se establece la responsabilidad culposa, considerando que en estas condiciones con un alto potencial de riesgo es razonable apreciar un resultado materialmente constatable, y que en esas condiciones, es precisamente la actuación negligente la que produce accidentes con consecuencias especialmente graves para la naturaleza.

Basado en el requisito de la lesividad concreta, del cual se deriva el concepto limitativo del bien jurídico lesionado<sup>74</sup>, se ha optado por evitar en el nuevo ámbito de protección a la *Pacha Mama* por el Derecho Penal ecuatoriano la clase de delitos de peligro abstracto<sup>75</sup>, que no resultan *per se* en un

73 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. (2014). Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 1ra. Edición, Buenos Aires.

74 Cf. Ferrajoli. (2009). *Op. cit. cit. supra* n. 30, p. 464 y ss.

75 Un peligro es abstracto cuando la peligrosidad general de una determinada conducta constituye el motivo para la desaprobación de cualquiera conducta de este tipo. En cambio, un peligro es concreto cuando un bien jurídico existente se encuentra en peligro eminente. En su conjunto, los delitos de peligro son anticipaciones de la punibilidad en tanto que su consumación no depende de la lesión de un bien jurídico.

peligro de daños futuros, sino que necesitan un comportamiento sucesivo para generar este tipo de peligro al bien jurídico<sup>76</sup>.

Delitos de peligro concreto son el incendio de tierras de labranza o pastoreo (artículo 5, inciso 2, numeral 3), la contaminación (artículo 11) y el manejo ilegal de materias peligrosas (artículo 12). Mientras que en los primeros dos tipos penales el peligro de daños futuros sin necesidad de un comportamiento sucesivo es parte de los elementos objetivos del tipo (“puedan ocasionar incendio en bosques u otras tierras forestales” y “puedan resultar en daños especialmente graves a la naturaleza”), en el tercer tipo se establece la responsabilidad penal en caso de desobediencia administrativa, considerando que en estos casos el peligro es concreto para el bien jurídico protegido, porque los riesgos inherentes en la conducta no son controlables por el agente y esas condiciones son las que normalmente producen accidentes con consecuencias especialmente graves para la naturaleza.

En términos de técnica legislativa, la decisión de ubicar la protección penal de la *Pacha Mama* en el Proyecto del Código Orgánico Integral Penal no elimina su accesoriidad del ámbito administrativo del Derecho ecuatoriano en la materia<sup>77</sup>. Más bien, en un área de tanta complejidad como es la materia del presente Capítulo, la relación con el Derecho Administrativo se hace necesaria para llenar el requisito de la previsibilidad de la pena. Esta accesoriidad administrativa del Derecho Penal no viola el principio de

legalidad, siempre y cuando no se creen normas penales “en blanco” que no regulen lo suficientemente claro las condiciones de la punibilidad en el tipo de la propia norma y dejen su determinación a reglamentos administrativos<sup>78</sup>. Esto se evita con una estructuración de los tipos basados en el valor de los fenómenos ecológicos como bienes jurídicos autónomos.

## **DELITOS CONTRA LA PACHA MAMA**

### **Sección Primera: De los delitos contra la fauna**

artículo 1. Delito contra la fauna silvestre o acuática

artículo 2. Maltrato de animales vertebrados

artículo 3. Agravantes

### **Sección Segunda: De los delitos contra la flora**

artículo 4. Delito contra la flora silvestre o acuática

artículo 5. Delito contra bosques y otras tierras forestales

artículo 6. Agravantes

### **Sección Tercera: De los delitos contra los recursos hídricos, marino-costeros, y contra el destino del suelo**

artículo 7. Intervención en recursos hídricos

artículo 8. Intervención en recursos marino-costeros

artículo 9. Delito contra el destino del suelo

artículo 10. Agravantes

76 Cf., aún fundamentado en un concepto funcionalista radical del Derecho Penal, que no se basa en el bien jurídico sino en (el mantenimiento de) la norma, la diferenciación acertada de Jakobs (1997). *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, pp. 293-324, 307-313.

77 Cf. Heine, Günther. (1993). *Accesoriidad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 46, pp. 289-315, *passim*.

78 Cf. la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del año 1987 en BVerfGE 75, 329.

### **Sección Cuarta: De los delitos de contaminación y del manejo ilegal de materias peligrosas**

artículo 11. Delito de contaminación

artículo 12. Manejo ilegal de materias peligrosas

artículo 13. Agravantes

### **Sección Quinta: Disposiciones comunes**

artículo 14. Tráfico ilícito, cultivo y cría ilícita

artículo 15. Fraude procesal

artículo 16. Excepciones

artículo 17. Criterio de oportunidad

artículo 18. Arrepentimiento eficaz

artículo 19. De las penas a servidoras o servidores públicas

artículo 20. Fijación de la multa

artículo 21. Penas accesorias

artículo 22. Obligación de restauración

artículo 23. Acusación particular

artículo 24. Medidas cautelares para proteger a la *Pacha Mama*

artículo 25. Definiciones

## **SECCIÓN PRIMERA: DE LOS DELITOS CONTRA LA FAUNA**

### **Artículo 1. Delitos contra la fauna silvestre o acuática**

(1) La persona que, sin justificación legal, matare, lesionare, cazare, utilizare, o alterare especies de la fauna silvestre, será sancionada con pena privativa de libertad de ..., y/o multa.

(2) Incurrir en las mismas penas previstas en el párrafo anterior, quien, sin justificación legal, matare, lesionare, pescare, utilizare, o alterare especies de la fauna acuática<sup>79</sup>.

(3) Incurrir en las mismas penas previstas en los párrafos anteriores, quien, sin justificación legal:

1. impidiere la procreación de la fauna silvestre o acuática, en particular, cuando modificare, damnificare o destruyere un nido, refugio o criadero natural; o
2. accediere a, o se beneficiare de los especímenes, productos o partes de los recursos genéticos de la fauna silvestre o acuática<sup>80</sup>.

### **Artículo 2. Maltrato de animales vertebrados**

La persona que:

1. matare sin motivo razonable; o
2. atormentare o maltratare por motivos brutales; o
3. por negligencia malévola de sus deberes de atenderlo, lo perjudicare en su salud; a un animal vertebrado, será sancionada con pena privativa de libertad de ..., y/o multa.

### **Artículo 3. Agravantes**

(1) La pena será aumentada en:

1. un tercio, si del delito fuere perpetrado:
  - a. contra la fauna silvestre en el periodo de prohibición de la caza; o

79 Ver pregunta en la nota 103; dependiendo de la respuesta, se podrá introducir un artículo a la presente Sección que proteja de forma diferenciada a los recurso pesqueros.

80 Es dudable que estas conductas constituyan *per se* un daño y/o peligro concreto y especialmente grave a la *Pacha Mama*, por lo que se mantiene por el momento este numeral, con la reserva de una consulta posterior a expertos locales en la materia.

- b. contra la fauna acuática en el periodo de prohibición de la pesca; o
  - c. contra especies de la fauna que por la Ley deban ser preservadas; o
  - d. en un área protegida por la Ley, incluyendo un área definida como territorio ancestral o de los pueblos en aislamiento voluntario;
2. la mitad, si el delito fuere perpetrado<sup>81</sup>:
- a. con métodos, instrumentos o medios que puedan resultar en daños extensos y/o irreversibles a la fauna silvestre o acuática; o
  - b. con ánimo de lucro; o
  - c. en el Régimen Especial para la Provincia de Galápagos.
- (2) Si de la conducta resultare un daño a la fauna silvestre o acuática:
1. extenso, la pena será aumentada por la mitad;
  2. irreversible, la pena será aumentada por el doble;
  3. extenso e irreversible, la pena será aumentada por el triple.

## SECCIÓN SEGUNDA: DE LOS DELITOS CONTRA LA FLORA

### Artículo 4. Delitos contra la flora silvestre o acuática

(1) La persona que, sin justificación legal, destruyere, extrajere, utilizare, o alterare

especies de la flora silvestre o acuática, será sancionada con pena privativa de libertad de ..., y/o multa.

(2) Incurre en las mismas penas previstas en el párrafo anterior, quien, sin justificación legal:

1. impidiere la procreación de la flora silvestre o acuática<sup>82</sup>; o
2. accediere a, o se beneficiare de los especímenes, productos o partes de los recursos genéticos de la flora silvestre o acuática<sup>83</sup>.

### Artículo 5. Delito contra bosques y otras tierras forestales

(1) La persona que, sin justificación legal, destruyere, quemare, tallare, recolectare, extrajere, transformare, en todo o en parte, bosques u otras tierras forestales, naturales o cultivadas, para fines distintos al uso estrictamente doméstico de la persona, será sancionada con pena privativa de libertad de ..., y/o multa.

(2) Incurre en las mismas penas previstas en el párrafo anterior, quien, sin justificación legal:

1. extrajere de bosques u otras tierras forestales, naturales o cultivadas, hidrocarburos, piedra, arena, cal o cualquier otro tipo de minerales; o
2. impidiere u obstaculizare la rehabilitación de bosques u otras tierras forestales,

81 Para los fines político-criminales de este Capítulo, se recomienda aumentar las penas para el delito de Asociación Ilícita, el cual castiga toda asociación formada con el fin de atentar, entre otros, contra la naturaleza. Advirtiendo que los marcos punitivos de todas las conductas de este Capítulo deben a su vez entrar en concordancia con los marcos punitivos de los demás delitos establecidos en el Título III del Libro Primero del Proyecto original.

82 Se recomienda insertar aquí en forma de ejemplo (“(...) en particular, cuando (...)”) un caso típico de la experiencia en Ecuador.

83 Es dudable que estas conductas constituyan *per se* un daño y/o peligro concreto y especialmente grave a la *Pacha Mama*, por lo que se mantiene por el momento este numeral, con la reserva de una consulta posterior con expertos locales en la materia.

naturales o cultivadas, y demás formas de vegetación clasificadas por la Ley como tierras de rehabilitación;

3. quemare tierras de labranza o pastoreo en niveles tales que ocasionen o puedan ocasionar incendio en bosques u otras tierras forestales, naturales o cultivadas.

(3) Quien quemare culposamente bosques u otras tierras forestales, naturales o cultivadas, o en el caso del párrafo anterior, numeral 3 actuare culposamente, será sancionado con pena privativa de libertad de ..., y/o multa.

#### **Artículo 6. Agravantes**

(1) La pena será aumentada en:

1. un tercio, si del delito fuere perpetrado:
  - a. en el periodo de caída de las semillas, de formación de vegetaciones, o en época de sequía o inundación; o
  - b. contra especies de la flora silvestre o acuática que por la Ley deban ser preservadas; o
  - c. en un área protegida por la Ley, incluyendo un área definida como territorio ancestral o de los pueblos en aislamiento voluntario;
2. la mitad, si el delito fuere perpetrado:
  - a. con métodos, instrumentos o medios que puedan resultar en daños extensos y/o irreversibles a la flora silvestre o acuática, bosques u otras tierras forestales, naturales o cultivadas; o
  - b. con ánimo de lucro; o

- c. en el Régimen Especial para la Provincia de Galápagos.

(2) Si de la conducta resultare un daño a la flora silvestre o acuática, bosques u otras tierras forestales, naturales o cultivadas:

1. extenso, la pena será aumentada por la mitad;
2. irreversible, la pena será aumentada por el doble;
3. extenso e irreversible, la pena será aumentada por el triple.

#### **SECCIÓN TERCERA: DE LOS DELITOS CONTRA LOS RECURSOS HÍDRICOS, MARINO-COSTEROS, Y CONTRA EL DESTINO DEL SUELO<sup>84</sup>**

##### **Artículo 7. Intervención en recursos hídricos**

(1.) La persona que, de los recursos hídricos extrajere, sin justificación legal, hidrocarburos, piedra, arena, cal o cualquier otro tipo de minerales, será sancionada con pena privativa de libertad de ..., y/o multa.

(2.) Incurrir en las mismas penas previstas en el párrafo anterior, quien, sin justificación legal, destruyere, modificare, alterare o eliminare cuencas o microcuencas, humedales, cuerpos de agua, vertientes, aguas naturales afloradas o subterráneas, drenare pantanos, cenagales u otros espacios húmedos<sup>85</sup>.

##### **Artículo 8. Intervención en recursos marino-costeros**

La persona que, sin justificación legal,

1. alterare las áreas protegidas; arrojar al agua desperdicios u objetos que

84 No se considera los delitos contra la tenencia de tierra y contra el orden de prelación del agua, previstos en el Proyecto original, por no lesionar un bien jurídico tutelado por el Capítulo de la presente Propuesta (sin embargo, respecto al destino al agua ver *infra* nota 88).

85 No se considera "(...)" y en general en recursos hidrobiológicos", por dudas en cuanto a la especificidad del tipo.

deterioreen gravemente el ecosistema, según la legislación de protección de la *Pacha Mama*,<sup>86</sup> o, extrajere materiales áridos o pétreos de las áreas protegidas; o

2. introdujere organismos exógenos a las Islas; o
3. transportare materiales geológicos de las Islas hacia el continente o hacia el extranjero;

será sancionada con pena privativa de libertad de ..., y/o multa.

#### **Artículo 9. Delito contra el destino del suelo<sup>87</sup>**

(1) La persona que, sin justificación legal<sup>88</sup>, se aprovechara o cambiara<sup>89</sup> el uso del suelo destinado al mantenimiento de la función ecológica y conservación de los ecosistemas, será sancionada con pena privativa de libertad de ..., y/o multa.

(2) Incurrir en las mismas penas previstas en el párrafo anterior, quien, sin justificación legal, diere lugar a la pérdida de biodiversidad para el incremento de monocultivos.

#### **Artículo 10. Agravantes**

(1) La pena será aumentada en:

1. un tercio, si del delito fuere perpetrado en área protegida por la Ley, incluyendo un

área definida como de territorio ancestral o de los pueblos en aislamiento voluntario;

2. la mitad, si el delito fuere perpetrado:

- a. con métodos, instrumentos o medios que puedan resultar en daños extensos y/o irreversibles a la *Pacha Mama*; o
- b. con ánimo de lucro; o
- c. en el Régimen Especial para la Provincia de Galápagos.

(2) Si de la conducta resultare un daño a la *Pacha Mama*:

1. extenso, la pena será aumentada por la mitad;
2. irreversible, la pena será aumentada por el doble;
3. extenso e irreversible, la pena será aumentada por el triple.

#### **SECCIÓN CUARTA: DE LOS DELITOS DE CONTAMINACIÓN Y MANEJO ILEGAL DE MATERIAS PELIGROSAS**

##### **Artículo 11. Contaminación**

(1) La persona que, sin justificación legal, contaminare el agua, aire o suelo, diseminare

86 No se consideró la parte "(...) abandonare desperdicios o desechos en las bahías, playas o riveras" por constituir un mero "delito de acumulación", en el entendido de un delito cuya nocividad solo se produce cuando todos se comporten de la misma manera.

87 Podría agregarse el destino del agua, dependiendo del régimen legal de la legislación de protección de la Naturaleza o *Pacha Mama*. También está pendiente la ubicación de la sanción por infracciones contra la prohibición del artículo 407 de la Constitución: "Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular".

88 A pesar de que el autor de la presente Propuesta esté consciente que la ocupación de este tipo de suelos corresponde al clásico *modus operandi* de cambiar el destino de suelos atractivos protegidos, se optó por excluir esta conducta por considerarla demasiado ajena al daño para poder constituir *per se* un daño y/o peligro concreto.

89 Incluso, es dudable que las conductas "aprovechar" o "cambiar" constituyan *per se* un daño y/o peligro concreto y especialmente grave a la *Pacha Mama*, por lo que se mantiene por el momento este inciso, con la reserva de una consulta posterior con expertos locales en la materia.

enfermedad o plaga o especies biológicamente o genéticamente alteradas, en niveles tales que resulten o puedan resultar en daños especialmente graves a la *Pacha Mama*, será sancionada con pena privativa de libertad de (...), y/o multa.

(2) Quien dejare de adoptar las medidas que por la Ley deban ser adoptadas y con ello de lugar al resultado previsto en el párrafo anterior, incurrirá en las mismas penas.

(3) Quien actuare culposamente, será sancionado con pena privativa de libertad de ..., y/o multa<sup>90</sup>.

#### Artículo 12. Manejo ilegal de materias peligrosas

(1) La persona que, sin justificación legal, desarrollare, evacuare, produjere, procesare, importare, exportare, intermediare, transitare, adquiriere, vendiere, permutare, suministrare, recibiere, guardare, depositare, almacenare, entregare, trasladare, transportare, tuviere, usare, eliminare o abandonare:

1. sustancias peligrosas, o
2. armas químicas, biológicas o nucleares; o
3. contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos; o
4. agroquímicos; o
5. tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o los ecosistemas; o
6. residuos peligrosos;

será sancionada con la pena privativa de libertad de ..., y/o multa, si el hecho no constituyere un delito más grave.

(2) Quien actuare culposamente, será sancionado con pena privativa de libertad de ..., y/o multa<sup>91</sup>.

#### Artículo 13. Agravantes

(1) La pena será aumentada en:

1. un tercio, si el delito fuere perpetrado en área protegida por la Ley, incluyendo un área definida como de territorio ancestral o de los pueblos en aislamiento voluntario;
2. la mitad, si el delito fuere perpetrado:
  - a. con métodos, instrumentos o medios que puedan resultar en daños extensos y/o irreversibles a la *Pacha Mama*; o
  - b. clandestinamente; o
  - c. con ánimo de lucro; o
  - d. en el Régimen Especial para la Provincia de Galápagos.

(2) La pena será aumentada en:

1. un tercio, si de la conducta resultare:
  - a. la interrupción temporal del abastecimiento de agua de una comunidad; o
  - b. la retirada temporal de los habitantes de las áreas afectadas;
2. la mitad, si de la conducta resultare un daño extenso a la *Pacha Mama*;
3. la mitad, si de la conducta resultare una lesión corporal en una persona, siempre y cuando el hecho no constituyere un delito más grave;
4. el doble, si de la conducta resultare:

90 Cf. *supra* nota 85.

91 Cf. *supra* nota 85.

- a. un daño irreversible a la *Pacha Mama*; o
  - b. una lesión corporal permanente en una persona; o
  - c. dificultad o impedimento, no solamente de manera temporal, del uso público de los ríos, lagos, o lagunas; o
  - d. un área, no solamente de manera temporal, impropia para la ocupación humana;
5. el triple, si de la conducta resultare:
- a. un daño extenso e irreversible a la *Pacha Mama*; o
  - b. dificultad o impedimento extenso, no solamente de manera temporal, del uso público de los ríos, lagos, o lagunas; o
  - c. un área extensa, no solamente de manera temporal, impropia para la ocupación humana.
6. el triple, si de la conducta resultare la muerte de una persona, siempre y cuando el hecho no constituyere un delito más grave.

## SECCIÓN QUINTA: DISPOSICIONES COMUNES<sup>92</sup>

### Artículo 14. Tráfico ilícito, cultivo y cría ilícita

(1) La persona que, sin justificación legal, importare, exportare, intermediare, transitar, adquiriere, vendiere, permutare, suministrar, recibiere, guardare, depositare, almacenare, entregare, trasladare o transportare:

1. una especie de la fauna, silvestre o acuática, sus huevos o larvas, así como productos y objetos originarios de ella, provenientes de un hecho referido en el artículo 1 o de criaderos no autorizados; o
2. una especie de la flora, silvestre o acuática, incluyendo sus semillas, así como productos y objetos originarios de ella, provenientes de un hecho referido en el artículo 4 o de criaderos no autorizados; o
3. productos y objetos originarios de bosques u otras tierras forestales, naturales o cultivadas, así como productos y objetos provenientes de un hecho referido en el artículo 5; o
4. clorofluorocarbonos u otras sustancias que agotan la capa de ozono;

será sancionada con pena privativa de libertad de y/o multa en los casos de los numerales 1, 2, y 3 de (...) y en el caso del numeral 4 de (...).

(2) Incurre en las mismas penas previstas en el párrafo anterior, quien, sin justificación

92 No se considera en esta Sección de la presente Propuesta el delito previsto en el artículo 379 (Responsabilidad del funcionario público) y en el artículo 388, inciso 4 del Proyecto original, por tratarse de una pregunta abierta general en la redacción del Proyecto original del Código Orgánico Integral Penal. El artículo 239 del Proyecto original solo tipifica el prevaricato judicial, dejando de lado el cometido por servidoras y servidores públicos, tal como sí lo tipifican los numerales 4 y 5 del artículo 277 del Código penal actual (el numeral 5 siendo un delito de abuso de poder). En caso que se decidiera mantener la prevaricación de servidoras y servidores públicos (lo que es lo recomendable), el artículo 379 y el artículo 388, inciso 4 del Proyecto original solo tipificarían variantes de la prevaricación de servidoras y servidores públicos; eso, sin perjuicio de que el legislador considere por razones de política criminal, que la prevaricación de servidoras y servidores públicos (como delito contra la Administración Pública), cuando resulte en una infracción de las leyes que protegen la naturaleza o *Pacha Mama*, debería ser un agravante.

legal, criare o cultivare una de las especies mencionados en el párrafo anterior<sup>93</sup>.

#### **Artículo 15. Fraude procesal<sup>94</sup>**

(1) La persona que por cualquier medio fraudulento indujere en error a una servidora o servidor público para obtener una decisión contraria a las Leyes que protegen la *Pacha Mama* será sancionada con pena privativa de libertad ..., y/o multa.

(2) Cuando la persona fuere autora, cómplice o encubridora de los delitos contra la *Pacha Mama*, se impondrá el doble de la pena prevista en los párrafos anteriores.

(3) Cuando el sujeto activo de la conducta de fraude procesal tenga la calidad de servidora o servidor público, se impondrá el triple de la pena prevista en el primer párrafo.

#### **Artículo 16. Atipicidad de la conducta**

(1) No constituye delito cazar, pescar o capturar una especie de la fauna silvestre o acuática, así como extraer o utilizar una especie de la flora silvestre o acuática, cuando la conducta es realizada:

1. por integrante de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio o de las comunas de que trata el artículo 56 de

la Constitución para su subsistencia y/o la de su familia; o

2. para proteger cultivos, pomares y rebaños de la sustracción o de la destrucción de animales.

(2) En los delitos del artículo 5, inciso 2 y de la Sección Cuarta, el hecho no es punible, cuando evidentemente se excluyen efectos nocivos para la *Pacha Mama*.

#### **Artículo 17. Criterio de oportunidad**

Salvo en el caso de los delitos previstos en la Sección Quinta, cuando una especie no sea considerada por la legislación de protección de la *Pacha Mama* amenazada de extinción o, según esta legislación, el daño o peligro del delito contra la *Pacha Mama* no sea muy grave, considerando las circunstancias, la fiscalía podrá renunciar a la acción penal y la jueza, juez o tribunal podrá renunciar a la pena.

#### **Artículo 18. Arrepentimiento eficaz**

(1) La jueza, juez o tribunal podrá atenuar la pena según su discrecionalidad, o prescindir de la pena, cuando la persona autora de cualquiera de los delitos de este Capítulo, salvo en el caso del artículo 2, procediere voluntariamente a reparar el daño.

93 Podría insertarse otro numeral con un delito de posesión “quien tuviera una de las especies o de los productos mencionados en el párrafo anterior”, con la reserva que no se crea un mero delito de peligro abstracto, sino un delito de tendencia y/o con tendencia trascendente, como sería el caso de la tenencia “con el objetivo de traficar”.

94 En la redacción del Proyecto original del Código Orgánico Integral Penal no se tipifica el fraude procesal. Por eso se propone la introducción de este artículo, además se recomienda una revisión general de los delitos relacionados con la falsificación de documentos (sobre todo en cuanto a la falsedad ideológica). De ser introducido el fraude procesal de forma general al Proyecto original, se puede prescindir de la tipificación separada en este artículo de la presente Propuesta, e, en caso que el legislador lo considere oportuno por razones de política criminal, introducirla como agravante. No se considera en esta Sección de la presente Propuesta el delito previsto en el artículo 378 (Responsabilidad en la emisión de información) por ser solamente una de las modalidades de un fraude procesal, o sea, emitir o proporcionar información falsa, u ocultar u omitir información, respecto de estudios de impactos ambientales, auditorías y diagnósticos ambientales, son conductas fraudulentas idóneas para inducir en error a una servidora o servidor público en una decisión contraria a las leyes que protegen la naturaleza o *Pacha Mama*.

(2) En los delitos del artículo 5, inciso 2 y de la Sección Cuarta, considerando las circunstancias, la jueza, juez o tribunal podrá atenuar la pena según su discrecionalidad, o prescindir de la pena, cuando la persona autora desviare voluntariamente el peligro o eliminare el estado de peligro antes de originarse el daño. Si el peligro se desviare sin intervención de la persona autora o se eliminare la situación antijurídica, es suficiente el empeño voluntario y serio para alcanzar este objetivo.

#### **Artículo 19. De las penas a servidoras o servidores públicas por delitos en este capítulo**

(1) Cuando la servidora o servidor público, en ejercicio de su función, se constituyere como autora o autor, cómplice, encubridora o encubridor de los delitos contra la *Pacha Mama*, se impondrá el doble de la pena prevista en el presente Capítulo e inhabilitación absoluta por el doble del tiempo de la pena privativa de libertad impuesta.

(2) Cuando la servidora o servidor público cometa delitos de los descritos en la Sección Segunda o Sección Octava del Capítulo Cuarto del Título III del Libro Primero del presente Código que, sin constituir autoría o complicidad, simplifique o allane la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el presente Capítulo, incurrirá en la pena prevista para tal comportamiento aumentada en dos terceras partes.

#### **Artículo 20. Fijación de la multa**

(1) Se impondrá a la persona que actuare con ánimo de lucro una multa mínima equivalente al doble del valor comercial real de los productos del delito, del valor de las transacciones vinculadas al delito, o de cualquier ventaja, producto directo o indirecto del delito.

(2) Si los productos o las ventajas provenientes del delito fueren enajenados, la multa será el triple de su valor.

#### **Artículo 21. Penas accesorias<sup>95</sup>**

(1) Los objetos que son producto de los delitos de este Capítulo o los que se usaron o se destinaron para su comisión o preparación, caerán en comiso, sin perjuicio de las acciones civiles y administrativas correspondientes, y la obligación de restauración.

(2) Se clausurará la actividad relacionada con el delito cometido, revocará la autorización para esta actividad, inscribirá la persona en un registro público especial, y se podrá imponer la inhabilitación para ejercer la profesión, el oficio, la industria o el comercio relacionado con el delito cometido<sup>96</sup>.

#### **Artículo 22. Obligación de restauración**

Las sanciones previstas en este capítulo, se aplicarán concomitantemente con la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

95 No se considera pertinente por motivos de técnica legislativa, tal como se pretende con el artículo 397 del Proyecto original, introducir en este Capítulo de la presente Propuesta disposiciones que establezcan la responsabilidad penal de personas jurídicas, central para el Derecho Penal del Medio Ambiente, debido a que estas deben formularse de manera general en el Proyecto del Código Orgánico Integral Penal, actualmente bajo revisión (artículos 31 y ss. del Proyecto original). Más bien, en caso que el legislador lo considere oportuno por razones de política criminal, podría determinarse en este Capítulo de la presente Propuesta las sanciones específicas.

96 En caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se podría agregar el siguiente párrafo: “A las personas jurídicas, además se les podrá ordenar la cancelación de la personalidad jurídica”.

### Artículo 23. Acusación particular<sup>97</sup>

El mismo derecho establecido en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal podrá ser ejercido por cualquier ciudadana o ciudadana o asociación de ciudadanas y ciudadanos, cuando se trate de los delitos de este Capítulo.

### Artículo 24. Medidas cautelares para proteger a la víctima o a otras partes procesales<sup>98</sup>

Cuando se trate de los delitos de este Capítulo, cuando exista riesgo de daño para las personas, los ecosistemas o la *Pacha Mama* en general, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad competente en materia ambiental, la jueza, juez o tribunal de garantías penales procederá de inmediato a imponer las medidas señaladas en el numeral 8 del artículo 601 del Código Orgánico Integral Penal.

### Artículo 25. Definiciones<sup>99</sup>

Para los efectos de esta Ley, se considera

1. “sin justificación legal”, la conducta fuera de los casos permitidos por la legislación de protección de la *Pacha Mama*<sup>100</sup>, sin previa autorización, en desacuerdo con la obtenida, o por haber conseguido la autorización mediante fraude procesal o falsificación de documentos<sup>101</sup>;

2. “daño”, toda pérdida, disminución, deterioro o perjuicio que se ocasione a la *Pacha Mama*;
3. “daño extenso”, daño a la *Pacha Mama* **más allá** del lugar en el que la persona ha actuado o en el lugar en el que se ha producido el correspondiente resultado del tipo penal base;
4. “especie”, toda especie, subespecie o población geográficamente aislada de una u otra;
5. “especies de la fauna silvestre”, todas aquellas especies terrestres que subsisten sujetas a los procesos de selección natural y que se desarrollan libremente, incluyendo sus poblaciones menores que se encuentran bajo el control del hombre, y que tengan total o parcialmente su ciclo de vida dentro de los límites del territorio ecuatoriano;
6. “especies de la flora silvestre”, todos aquellos vegetales así como los hongos, que subsisten sujetos a los procesos de selección natural y que se desarrollan libremente, incluyendo las poblaciones o especímenes de estas especies que se encuentran bajo el control del hombre, y que tengan total o parcialmente su ciclo de vida dentro de los límites del territorio ecuatoriano;
7. “especies de la fauna y flora acuática”, todas<sup>102</sup> aquellas especies de flora y fauna

97 Se propone agregar al artículo 534 *in fine* del Proyecto original.

98 Se propone agregar al artículo 601 *in fine* del Proyecto original.

99 Completar y/o enmendar de acuerdo con la legislación de protección de la naturaleza o *Pacha Mama* de la República del Ecuador.

100 De acuerdo con la legislación de protección de la naturaleza o *Pacha Mama* y sus reglamentos.

101 Respecto al prevaricato y la falsificación de documentos, ver comentario en las notas *supra* 93 y 95.

102 En particular, para el autor de la presente Propuesta no está claro si esta definición, según la legislación de protección de la naturaleza o *Pacha Mama* de la República del Ecuador, incluye a los organismos acuáticos que pueden ser considerados como recurso pesquero, incluyendo la fauna marítima-costera del territorio del Ecuador.

- silvestre que tienen como medio de su ciclo de vida temporal, parcial o permanente las aguas y riberas, dentro de los límites del territorio ecuatoriano;
8. “espécimen”, todo animal o vegetal, vivo o muerto;
  9. “animales vertebrados”, todos aquellos pertenecientes a la subespecie vertebrada de la especie Chordata, específicamente todos los mamíferos, peces, aves, reptiles y anfibios;
  10. “pesca”, todo acto que busca retirar, extraer, recolectar, atrapar, incautar o capturar especies de la fauna acuática;
  11. “sustancias peligrosas”, aquellas que presenten o conlleven cualquiera de las siguientes características: corrosividad, explosividad, inflamabilidad, patogenicidad, bioinfecciosidad, radioactividad, reactividad y toxicidad, de acuerdo a pruebas estándar; y que son apropiadas para perjudicar la salud de una persona, de animales, plantas u otros elementos de valor significativos de la *Pacha Mama*, o para contaminar de manera no solo de manera temporal un recurso hídrico, el aire o el suelo;
  12. “residuos”, aquellos las sustancias u objetos a cuya eliminación se procede, se propone proceder o se está obligado a proceder en virtud de lo dispuesto en la Ley<sup>103</sup>. Se consideran “residuos peligrosos” aquellos que presenten o conlleven cualquiera de las siguientes características:

corrosividad, explosividad, inflamabilidad, patogenicidad, bioinfecciosidad, radioactividad, reactividad y toxicidad; y que son apropiadas para perjudicar la salud de otro, de animales, plantas u otros elementos de valor significativos de la *Pacha Mama*, o para contaminar de manera no solo de manera temporal un recurso hídrico, el aire o el suelo; “sustancia que agotan la capa de ozono”, los clorofluorcarbonos y otras sustancias que agotan la capa de ozono, reguladas por el Protocolo de Montreal e implementadas en la legislación de la República del Ecuador<sup>104</sup>.

## Referencias

- Acosta, A. (2008). *Bitácora Constituyente*. Abya-Yala, Quito.
- Acosta, A. (2015). *Constitución de Montecristi. La calentura no está en las sabanas*, en: <<https://www.planv.com.ec/historias/politica/constitucion-montecristi-la-calentura-no-esta-sabanas>>, últ. vis. 15/11/2019.
- Aguilera Bravo, M. y Cónдор Salazar, M. (2010). *La iniciativa Yasuní ITT como materialización de los derechos de la naturaleza*. Quito: Aportes Andinos N° 27.
- Alexy, R. (2011). *Die Doppelnatur des Rechts*. Der Staat 54, pp. 389-404.
- Aparicio Wilhelmi, M. (2011). *Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las constituciones de Ecuador y Bolivia*.

103 Cf. artículo 2, num. 1 del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios del 22 de marzo 1989 con adhesión de la República del Ecuador. La definición aquí usada podría **deferir** de la definición en la legislación de protección de la Naturaleza o *Pacha Mama* de la República del Ecuador.

104 Verificar si la República del Ecuador ratificó y/o accedió a la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, al Protocolo de Montreal para la Eliminación Progresiva de las Sustancias que Agotan el Ozono y las Enmiendas de Londres, de Copenhague y de Montreal (verificar también el consumo *per cápita*).

- Revista General de Derecho Público Comparado N° 9, pp. 1-24.
- Binding, K. (1885). *Handbuch des Strafrechts*, tomo 1. Leipzig: Duncker y Humblot.
- Binding, K. y Hoche, A. (1920). *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form*. Leipzig: Meiner.
- BVerfGE. (1975). Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, tomo 39, N° 1., Tübingen, pp. 1-95 (= BVerfGE 39, 1).
- BVerfGE. (1987). Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, tomo 75, N° 1., Tübingen, pp. 329-348 (= BVerfGE 75, 329).
- BVerfGE. (2008). Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, tomo 120, N° 7, Tübingen, pp. 224-273 (= BVerfGE 120, 224).
- Cortéz, D. (2010). *Genealogía del "buen vivir" en la nueva constitución ecuatoriana*. En: Fornet-Betancourt, R. (ed.). *Gutes Leben als humanisiertes Leben. Vorstellungen vom guten Leben in den Kulturen und ihre Bedeutung für Politik und Gesellschaft heute*. Dokumentation des VIII. Internationalen Kongresses für Interkulturelle Philosophie, Mainz, pp. 227-248.
- Estermann, J. (1998). *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala, Quito.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (9ª ed.). Madrid: Trotta.
- Fischer-Lescano, A. (2012). *Critical systems theory*, Philosophy & Social Criticism 38, pp. 3-23.
- Frisch, W. (1993). *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*. Heidelberg: Müller.
- Frommel, M. (1980). *Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahr 1941*, Juristen Zeitung 35, pp. 559-564.
- Häberle, P. (1983). *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*. (3ª ed.). Heidelberg: Müller.
- Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung*. Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Hassemer, W. y Neumann, U. (2013). *Vor § 1*, en: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann y Hans-Ullrich Paeffgen, eds., *Nomos Kommentar-Strafgesetzbuch*, tomo 1. (4ª ed.). Baden-Baden: Nomos.
- Heine, G. (1993). *Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 46, pp. 289-315.
- Holmes, P. (2011). *The rhetoric of 'legal fragmentation' and its discontents. Evolutionary dilemmas in the constitutional semantics of global law*. Utrecht Law Review 7, pp. 113-140.
- Huanacuni Mamani, F. (2010). *Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. (2ª ed.). Berlin-New York: De Gruyter.
- Jakobs, G. (1997). *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, pp. 293-324.

- Jakobs, G. (2012). *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, Schönigh, Paderborn.
- Jareborg, N. (2004). *Criminalization as last resort (ultima ratio)*. Ohio State Journal of Criminal Law 2, pp. 521-534.
- Jaria i Manzano, J. (2013). Si fuera solo una cuestión de fe. Una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza en la Constitución del Ecuador. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 4, pp. 43-86.
- Kloepfer, M. (2005). *Art. 20a*, en: Wolfgang Kahl, et al., eds., *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg (edición complementaria N° 116).
- Ladeur, K.-H. (2004). *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Ladeur, K.-H. (2006). *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Ladeur, K.-H. (2011). *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie*, Der Staat 50, pp. 493-531.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. (2014). *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*. (1ª ed.). Buenos Aires.
- Narain, V. (2017). *Indian Court recognizes rivers as legal entities*, International Journal of Constitutional Law Blog, June 13, 2017, en: <<http://www.icconnect-blog.com/2017/06/indian-court-recognizes-rivers-as-legal-entities>>, últ. vis. 15/11/2019.
- Nauke, W. (1982). *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 94, pp. 525-564.
- Poscher, R. (2016). *Teoría de un fantasma. La búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto*. En: Elósegui Itxaso, M. (coord.). *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, pp. 111-141.
- Prittwitz, C. (2000). *El Derecho Penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal*. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, eds., *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, pp. 427-446.
- Radkau, J. y Uekötter, F. (eds.). (2003). *Naturschutz und Nationalsozialismus*. Frankfurt a.M.-New York: Campus.
- Renzikowski, J. (2005). *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*. En: Alexy, R. (ed.). *Juristische Grundlagenforschung, ARSP-Beiheft 104*, Stuttgart, pp. 115-137.
- Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 15.
- RGSt. (1937). *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, tomo 70, N° 118, Berlin-Leipzig, pp. 377-385 (= RGSt 70, 377).
- Schaffstein, F. (1935a). *Das Verbrechen eine Rechtsgutverletzung?*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (entre 1934-1945 denominado: "Deutsches Strafrecht"). pp. 97-105.
- Schaffstein, F. (1935b). *Verbrechen als Pflichtverletzung*. Berlin: Juncker Duennhaupt.
- Schick, S. (2015). *Günther Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012*, *Rechtsphilosophie, Zeitschrift für Grundlagen des Rechts* 1, pp. 111-116.

- Steindorf, J. (1997). *Umweltstrafrecht*. (2ª ed.) Berlin-New York: De Gruyter.
- Stone, C. (1975). *Should trees have a standing? Toward legal rights for natural objects*. *Western American Literature* 9 (Nº 4), pp. 319-320.
- Stutzin, G. (1985). *Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza*. *Ambiente y Desarrollo* 1 (Nº 1), pp. 97-114.
- Šušnjar, D. (2010). *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff.
- Teubner, G. (1984). *After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law*. *International Journal of Sociology of Law* 12, pp. 375-400.
- Vornbaum, T. (2009). *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin-Heidelberg: Springer.
- Wiethölter, R. (1968). *Rechtswissenschaft*. Frankfurt a.M.-Hamburg: Fischer.
- Zaffaroni, R. et al. (2002). *Derecho Penal: Parte General*. (2ª ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, R. (2006). *El enemigo en el Derecho Penal*. Madrid: Dykinson.
- Zaffaroni, R. (2012). *La Pacha Mama y el Humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo.