

USFQ-BIBLIOTECA

El daño ambiental

Álvaro Román

Introducción

Después de la Segunda Guerra Mundial, específicamente en el año 1972 se inicia un interés por tutelar el medio ambiente, en razón del desarrollo tecnológico científico que como consecuencia mejora la calidad de vida del ser humano.

Al investigar sobre el medio ambiente en la Constitución ecuatoriana, las disposiciones y el enfrentamiento que existe con el desarrollo sustentable y la búsqueda del nivel de vida digno, hace que las normas constitucionales deban ser a más de declarativas, eficaces, por lo que el legislador ha desarrollado leyes que tienen íntima relación con este tema y una de ellas es que ha descrito conductas en el Código Penal, que se tipifican en delitos y contravenciones, manteniendo en forma coherente la posición teórica kelnesiana de buscar la eficacia a través de la coacción.

Pero debemos buscar la eficacia en que el destinatario de la norma la cumpla para que el beneficiario de la misma tenga la realidad de que sus derechos serán respetados. En el caso de incumplimiento buscar las acciones en la calidad de ciudadanos, en una democracia participativa, para realizar el control y defender la vida digna.

Esa defensa nos hace desarrollar el concepto de ambiente o de medio ambiente en relación con el derecho, para llegar al bien jurídico que protege el mismo y así determinar cuando existe el daño ambiental.

Además, al momento que existe el daño, se ha determinado que hay responsabilidades subjetivas como objetivas, cada una se ha explicado en forma muy breve; lo que podemos sacar de conclusión es que tomando en cuenta la actividad, existe riesgo, por lo que la doctrina y la legislación son proclives para que exista responsabilidad objetiva.

En el presente trabajo en forma muy breve se ha expuesto un reporte realizado por Acción Ecológica, como motivo de la investigación de las fumigaciones que se realizan en la zona del Putumayo, conforme al Plan Colombia, existiendo ya daños al medio ambiente, a la salud, afectando la economía de sus habitantes.

Antecedentes

Antes de la Segunda Guerra Mundial, los científicos ya advirtieron sobre los problemas que ocasionaría el desarrollo, pero éstos no fueron escuchados; solamente cuando el desarrollo incontrolable y la explotación sin ningún límite existente de los recursos naturales se presentaron, nace en los años setenta un nuevo paradigma, la preocupación ambientalista, en que los poderes públicos y toda la sociedad debe coadyuvar para preservar los recursos naturales que la

propia humanidad ha puesto en peligro, con riesgo, además, de colapsar el consumo y provocar un retroceso sin solución y progresivo, de las sociedades montadas sobre ese abuso.

Además, del agotamiento de los recursos naturales, las consecuencias indeseables del desarrollo económico incontrolado menoscaban las condiciones de vida, ha convertido en un problema de índole político, en el cual en las instituciones estatales y no estatales se han incluido a las políticas públicas, nuevos intereses emergentes, entre ellos el ambiental.

Es por ello que en los ordenamientos jurídicos junto con otros intereses, también protegido por el Derecho, el ambiente o medio ambiente es objeto de protección jurídica. La respuesta de los países dentro de sus sistemas jurídicos no es uniforme, existe mayor intensidad y eficacia en unos, más que en otros, lo que provoca diferencias de las legislaciones nacionales, dejando una gran discrecionalidad a los estados en esa materia.

La pregunta que hay que plantearse es la siguiente: ¿Por qué existe esta libertad de toma de decisiones por parte del Estado?, por cuanto existe un dilema que es la protección ambiental y el progreso económico. La protección ambiental, como lo habíamos señalado, ha ingresado en las políticas públicas, siendo por ello instrumentos jurídico-políticos para hacer frente a los problemas ambientales; es por ello que podemos observar en nuestra Constitución, las limitaciones de la libertad individual para disponer de los recursos naturales, modificaciones de las pautas de crecimiento económico para lograr el llamado desarrollo sustentable, además de sustituir tecnologías actuales muy contaminantes, por otra más limpias.

El progreso económico y el bienestar material son fines perseguidos por el Estado cuya satisfacción ha generado la contaminación de la que ahora queremos librarnos, sin renunciar, claro está, a nuestro nivel de vida, ya que el progreso económico consistía en la apropiación legítima de los recursos mediante los títulos jurídicos que el ordenamiento prevé o la explotación de los recursos para transformarlos en bienes que mejoren las condiciones de la vida siendo constantes vitales del ser humano. Con ello el progreso se acentuó en la medida en que con más intensidad la libertad de aprovechamiento permitió una transformación más rápida y mayor.

Por ello no es posible, como bien lo ha sostenido Hirsch, tener un ambiente totalmente sano, sino que el problema está en que el daño disminuya o, por lo menos, no se aumente, debido a las características de la sociedad industrial en la que vivimos. Por eso en este punto, normativamente será posible llevar el problema al ámbito de autorizaciones y de ordenanzas administrativas y, por último y limitadamente,

al ámbito penal, ya que la justicia no es una competencia superior para el control de la actividad del Estado

En este contexto las normas jurídicas promueven, por una parte, el desarrollo económico y el bienestar material y, por otra, se proponen proteger el medio ambiente, porque en la mentalidad del hombre actual un medio ambiente y una naturaleza conservadas son bienes de los que depende una mejor calidad de vida.

El derecho a un medio ambiente, dentro de la Constitución ecuatoriana

En esa orientación nuestra Constitución, dentro de los Derechos Colectivos, en el Art. 82, dispone: El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice un desarrollo sustentable... Igualmente, existen normas que promueven el progreso económico y el bienestar material, el Art. 3 numerales 4 y 5, las normas constitucionales que se encuentran en el Título XII, del Sistema Económico, en el Capítulo I, los Principios Generales Art. 243, 244 entre otras.

El ...medio ambiente sano..., se entiende como el entorno o medio a la sistematización de distintos valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales que condicionan en un momento y espacio determinados la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones intercambio entre el hombre y los diferentes recursos.¹

La Constitución y los tratados internacionales determinan que no cualquier ambiente es el adecuado para que el hombre se desenvuelva, sino en un ...medio ambiente sano..., lo cual significa que el Estado, desde el punto de vista funcional, declara de interés público lo cual regulará conforme a la ley: Art. 86...1.- La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad; 2.- La prevención de la contaminación ambiental; 3.- El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad... - Además, tiene que ser ecológicamente equilibrado, es decir, que debe mantener un equilibrio si se rompe esa armonía existirá ya un daño ambiental que afecte al desarrollo sustentable y al medio ambiente sano es por ello que las políticas deben estar orientadas e implementarlas y a tomar en cuenta estos principios.

Es por ello que la preservación implica una ausencia de la actividad humana o de utilización. En el documento Cuidar la Tierra se define a la conservación, en cambio, como el manejo de uso humano de organismos y ecosistemas, con el fin de garantizar la sustentabilidad de dicho uso. Aparte del uso sustentable, la conservación incluye protección y mantenimiento.² El autor nos indica que conservación implica: uso y aprovechamiento, así como preservación, los cuales son términos separables a pesar de que en el documento se los asimila como uno solo.

La preservación ambiental comprende el conjunto de tareas dirigidas a evitar el menoscabo o perjuicio ambiental, dependiendo de una pluralidad de recursos, sean éstos económicos, sociales, científicos, técnicos y educativos.

¿Qué se entiende como desarrollo sustentable?, PÉREZ, Efraín indica que en el documento de la UICN, PNUMA Y WWF se define al desarrollo sustentable como el mejoramiento de la calidad de la vida humana dentro de la capacidad de carga de los sistemas sustentadores de la vida, lo que implica que se pueden utilizar esos recursos dentro de ciertos parámetros: prevenir y mitigar la contaminación, y conservar el recursos de modo que permita su uso indefinido.

Desarrollo sustentable, se entiende que no todo daño es resarcible cuando se trata del medio ambiente; que interfieren los temas del progreso, del desarrollo de los pueblos, del crecimiento industrial, de la productividad.

Se alude a una expresión que es vínculo o lazo entre el medio ambiente y el desarrollo, cuyos fines son la sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades. La definición que obra en el informe de la Comisión de Expertos-World Commission on Environment and Development- alude al desarrollo que satisface las necesidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas. La sustentabilidad se refiere a cuatro áreas:

1. Ecológica, tendiente a preservar: a) los procesos ecológicos que posibiliten la capacidad de renovación de plantas, animales, suelo y aguas; b) mantener la diversidad biológica animal y vegetal; c) mantener los recursos biológicos en un estado que permita su capacidad de regeneración;
2. Social, que permita la igualdad de oportunidades entre los miembros de la sociedad y estimule la integración comunitaria, sobre la base de: a) respeto a la diversidad de valores culturales; b) ofrecimiento de oportunidades para la innovación y renovación intelectual y social; c) afianzamiento del poder individual para controlar sus vidas y mantener la identidad de sus comunidades, lo que da lugar a la participación ciudadana en la tarea de la decisión y en la de gestión ambiental; d) asegurar la satisfacción adecuada en las necesidades de vivienda, salud, y alimentación.
3. Cultural, que busca preservar la identidad cultural básica y reafirmar las formas de relación entre el hombre y su medio.
4. Económicas, consistentes en la capacidad de generar bienes y servicios, usando racionalmente los recursos naturales, humanos y de capital, para satisfacer las necesidades básicas. Sus requisitos son al eficiencia, que implica la internalización de los costos ambientales; b) consideración de todos los valores de los recursos: presentes, de oportunidad y potenciales; y, c) equidad dentro de la generación actual y respeto de las generaciones futuras.⁴

En conclusión, podemos manifestar que en el constitucionalismo social, a diferencia del liberal, en donde las normas son simples, breves, las del Estado social se llenan de cláusulas sustantivas; se vuelven densas, porque deben materializar, éstas no tratan de conservar una situación social, económica o cultural estable sino que aspiran, por el contrario, a transformar la realidad, ya que son promotoras, remueven obstáculos, transformadoras de una realidad que la Constitución sea en forma explícita o implícita reconoce mejorable, determinando el alcance que debe tener el derecho en cada norma en busca de la cooperación, que dan fundamento para la exigibilidad y como consecuencia la justiciabilidad de esos derechos sociales y colectivos.

En ese contexto aparecen en los ordenamientos jurídicos los "derechos fundamentales cuyo número no deja de crecer en la medida en que las nuevas necesidades se suman a las ya existentes y quedan dentro de lo jurídico. El bien jurídico ambiental, es mucho más complejo y su realización con otros está en potencial conflicto con cualquier otro bien constitucional (clásico o social); es por ello, que mantener el equilibrio entre progreso económico y el bienestar material y el medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable, es la obligación jurídica del Estado con una participación activa de la sociedad, una tarea que no es fácil, ya que una sociedad de consumo y periférica, como la nuestra, no está dispuesta a dejar de serlo; la solución esta en fomentar la utilización de industrias ecológicamente más limpias; además, existen los bienes ambientales cuyo disfrute entraña limitación racional de los recursos naturales, por tanto, reducción o reordenamiento, al menos, de los bienes de consumo.

El derecho y el medio ambiente

Las necesidades humanas son ilimitadas mientras que los recursos son finitos.-Satisfacer una necesidad, y luego otra y otra, se vuelve más complejo, no habiendo otra fuente de recursos que los naturales y, de ellos, la tierra mantiene su reserva limitada. La complejidad de la cuestión deriva en que el hombre, para poder obtener los recursos de los que carece, produce y consume, a veces de manera exacerbada. Este crecimiento del consumo, aliado a otros factores económicos que determinan la producción a gran escala y tienden al máximo aprovechamiento de los recursos requeridos en el proceso productivo, tiene como consecuencia marginal la degradación ambiental.

De este marco nace la necesidad de ordenar la conducta del hombre en aquello que se relaciona con el ambiente, buscando regular ciertos comportamientos y prohibiendo otros, en el sentido de protegerlo, manteniendo criterios de un estado liberal, siendo nuestro un estado social que busca la cooperación de todos, estimulando con beneficios, para alcanzar el bien común.

Max Weber nos dice que derecho es cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión.⁵

Hay que tomar en cuenta que el Derecho no puede regular el funcionamiento interno de un ecosistema o de la biodiversidad, es decir que el derecho no puede decir al río cómo debe relacionarse con las especies que lo habitan, ya que no existe la probabilidad de coacción, que es la coercibilidad; sólo puede describir las conductas humanas que cree que puede afectar el ambiente; si tenemos en cuenta la teoría teológica, considera que la conducta humana es pretípica, el legislador en el momento de elaborar la ley describe en el tipo la conducta que prohíbe u ordenar observar con la coacción de una sanción o consecuencia jurídica.

Los problemas que enfrentan los tipos son:

a. Que la descripción legal en ningún caso es completa. Ello es imposible en general, porque se trata de conductas humanas y la ciencia desconoce múltiples aspectos de las mismas. Más aún prescindiendo de las limitacio-

nes científicas, el tipo se limita a describir algunos aspectos diferenciales de la acción, con lo que resulta ser un esbozo torpe de conducta en el que cabe una infinita variedad de conductas humanas. Esta descripción en general grosera es la que permite valerse del tipo para individualizar conductas.

- b. El tipo está redactado en un lenguaje humano y éste ha menester de un símbolo para connotar la conducta: el verbo. Consecuentemente, es ineludible que el tipo contenga un verbo. La circunstancia de que el verbo no esté bien precisado en el tipo legal es sólo una diferencia o una modalidad de la técnica legislativa, que obliga al órgano jurisdiccional a precisarlo, a buscarlo, a desentrañarlo.
- c. A veces el tipo no solamente realiza la descripción de una conducta humana, sino que determina la conducta de un tercero, el tiempo, lugar, condiciones objetivas de punibilidad, etc.
- d. Además, podemos observar en los tipos penales en blanco, que requieren actos administrativos del Ejecutivo, para determinar la conducta.- Siendo inconstitucionales por cuanto afecta el principio de constitucionalidad y el principio de la legalidad, pero nuestro legislador utiliza como una forma permanente de descripción de conductas.

En conclusión, el tipo es una figura que resulta del método abstracto de codificar por parte del legislador; el juicio de tipicidad, la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio en el caso en concreto.

Es por ello que el Derecho sirve para regir la conducta externa de los hombres, estableciendo el deber ser en un determinado momento con un cuadro de individuos que determinen el orden o castiguen su transgresión. En su existencia histórica y positiva está sometido a transformaciones continuas e incesantes que tienen su origen en las transformaciones vertiginosas de la ciencia y tecnología, teniendo el derecho problemas, encontrándose permanentemente rezagado al no estar acorde y en forma paralela con este avance.

Al existir el tipo en el ordenamiento jurídico, el derecho siempre tendrá como función esencial la coacción, ya que tiene ese grupo humano para hacerlo cumplir. Sólo si las sanciones son eficaces, entendiendo la eficacia como el acatar y aplicar las normas, serán adecuadas al daño causado, y ejecutables sin demora haciendo que caiga sin compasión todo el peso de la ley sobre cuantos degraden el ambiente (prevención especial), funcionará la prevención general negativa y se evitarán los grandes desastres ecológicos.

El problema fundamental del Derecho en relación al ambiente es el de la efectividad, y este principio se encuentra relacionado con la eficacia de los órganos legislativos y administrativos de los distintos Estados. Por esta razón, no cabe prescindir de la acción directa de los ciudadanos individuales.

Constituye un principio fundamental de la protección ambiental, la prevención del daño ambiental, que adquiere una fundamental importancia en orden a la protección de los derechos colectivos.

A lo que se encamina la protección ambiental es a determinar la responsabilidad de resarcir los perjuicios ocasionados.

nados por la degradación, pero todavía esta responsabilidad se da a la propiedad, a la salud de las personas. De ello se deriva, indirectamente, una protección al ambiente que ha sido dañado. Es por ello que la técnica nos enseña que se debe determinar previamente no sólo los elementos o bienes protegidos, sino también los agentes capaces de perturbarlo con una densidad tal que dificulte o impida la autoregeneración por un proceso natural.

Debemos anotar que desde el punto de vista económico liberal egoísta y práctico, la falta de regulación ocasiona una degradación ambiental intolerable que, además de perjudicar la calidad de vida, ocasiona sensibles pérdidas económicas.

En conclusión podemos manifestar que el derecho. A pesar de que en un primer momento brinda su protección a la propiedad, la salud, y a determinados espacios, en forma indirecta brinda la misma al ambiente, es decir, que las legislaciones pertenecen al Derecho Público porque se trata de regulaciones basadas en el interés público, aunque sean sobre bienes del dominio privado.

Bien jurídico

¿Qué se entiende por medio ambiente?; para ciertos autores estos términos son redundantes en apariencia, algunos sostienen que sería mejor utilizar ambiente, pero a la vez podemos observar que el término de medio ambiente se ha consolidado en el lenguaje, gracias a su utilización en las normas jurídicas.

El medio ambiente para unos autores tiene una conceptualización amplia tomando en cuenta la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos. El mantener esta opinión lo único que causa, es convertir en un bien jurídico protegido muy complejo y que durante varios años se podrá ir determinando el contenido de ese derecho,⁶ es decir, el Tribunal Constitucional, los abogados en libre ejercicio, los operadores jurídicos, que en base a la aplicación e interpretación en los casos concretos, se irán realizando los límites de ese derecho, como un ambiente sano para lograr un nivel de vida adecuado y digno, tomando en cuenta que los elementos que conforman el concepto de medio ambiente (los recursos naturales, el patrimonio cultural) se relacionan con otros bienes no ambientales como el desarrollo económico, el consumo, la contaminación inevitable y esto también se une a lo hiperactivo del concepto teniendo variables relaciones entre sus elementos sino también a su carácter de tiempo, pues cada generación concebirá a su manera la armonía deseable entre los factores ambientales.

En el mismo sentido, coadyuvará en la formación del contenido del bien jurídico medio ambiente la regulación en las normas jurídicas, estos principios y reglas, además la regulación del delito ecológico, conforme podemos dar lectura en nuestro Código Penal que son varios los bienes jurídicos protegidos como son: Art. 437 A: que se ...constituyan peligro para la salud humana, que degraden y contaminen el medio ambiente 437 B: causare ...perjuicio o alteraciones a la flora, a la fauna, el potencial genético los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad

Podemos concluir que el medio ambiente o ambiente lo debemos entender como un concepto amplio, conforme se

presenten casos sea de control constitucional en concreto o en abstracto o amparos, y dar el contenido de lo que significa el mismo, como ha sucedido con el derecho a la libertad, a la igualdad, que poco a poco se los ha ido delineando y determinando un horizonte de su contenido para darles sentido sea éste sociológico, axiológico, científico.

Iniciaríamos esa demarcación del horizonte, diciendo que es el derecho que se tiene a un ambiente sano y equilibrado ecológicamente para que el ser humano lo disfrute. Se inicia en un escenario en el que las personas pueden ir desenvolviendo su actividad, teniendo como un derecho a algo⁷ pero conexo al derecho a la vida, que es el principio de todos los demás derechos, dándoles soporte, el entorno adecuado o sano donde se desarrolle la vida y los demás derechos, siendo considerados los derechos subjetivos como relación entre el concepto del derecho que es lo abstracto y el contenido en el caso en concreto.

El legislador al describir que es aun ambiente sano, lo que quiere con el término sano, es asemejar con la salud, siendo el hombre una sustancia orgánica, mientras se mantiene el equilibrio en el organismo humano, éste se encuentra sano; se rompe ese equilibrio cuando existen sustancias tóxicas que producen ese desequilibrio orgánico, y como efecto la alteración de la salud y el apareamiento de la enfermedad, pudiendo concluir que sano es sinónimo de equilibrio y de salud.

Lo mismo sucede con el ambiente, mientras el ser humano no interviene o participa en alguna actividad de carácter productivo económicamente lucrativa, éste se mantiene sano y equilibrado, pero cuando existe esta intervención con ese fin introduce tecnologías y sustancias que pueden alterar a ese ambiente o afectar en su actividad económica a otros, se produce que el ambiente se encuentra enfermo y existe un desequilibrio afectando ese derecho a algo es por ello que el Estado, al ser un Estado social debe promover políticas públicas de estímulo para evitar que se afecte el ambiente y se altere el derecho a la vida.

Daño ambiental

El daño ambiental tiene una relación directa con el desarrollo sustentable. En los países periféricos al daño ambiental se lo pretende minimizar, lo que no ocurre con los países centrales; en ellos la cuestión ambiental aparece como algo prioritario, defendiendo la calidad de vida y la salud. Pero siempre existirá la crítica al mantener esta dualidad en tratar el tema sobre el ambiente, lo que pretenden los Estados centrales es mantener en el subdesarrollo a los periféricos, y con ello facilitar el colonialismo. Por estos motivos no podemos separar jamás el daño ambiental del desarrollo sustentable.

Lo importante que ha sucedido a partir de 1972 es que los temas que tienen relación con el ambiente han entrado en un horizonte en que el ser humano dentro de su libertad de acción asuma su responsabilidad y comprenda sobre la fragilidad del estado del ambiente en el mundo, sobre el carácter destructible de los recursos naturales, sobre las consecuencias que acarrea la contaminación para el futuro de la existencia humana en el planeta, por otra parte; no pueden olvidarse las exigencias de la industrialización, de la extracción de combustibles líquidos y gaseosos, de la incorpora-

ción de nuevas tierras a la agricultura, del transporte, todo lo cual hace al desarrollo sostenible pero depredador, para ir dentro de ese proceso de comprensión y entendimiento produciendo el conocimiento que en el momento histórico sea relevante tanto en el campo científico como el de un persona sin este conocimiento científico.

La sustitución del concepto antropocéntrico por el ecocéntrico, que ve en el hombre una parte integrante del ecosistema tierra y de sus recursos naturales, va ligado con el deber humano de respetar las leyes de la naturaleza en lugar de ejercer la potestad de dominarla y otra, muy distinta, poner frenos a la empresa libre, trabas a la producción, dificultades al mercado, a la postre, para evitar el daño ambiental, con lo cual todo proceso de desarrollo debe tomar en consideración como un condicionante primario su viabilidad ecológica, en el sentido de producir el mínimo daño a los sistemas ecológicos. No es correcto concebir que se pueda dañar o destruir un ecosistema y luego reconstruirlo anulando el daño causado.

Pienso que nuestra Constitución al disponer en el Art. 86: el derecho de la población a vivir... que garantice un desarrollo sustentable. y luego en el Art. 242, la economía... a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna, los asambleístas determinaron la orientación antropocéntrica, siendo el ser humano el centro de las normas permitiendo una orientación liberal de los derechos. Son los seres humanos quienes definen la calidad deseable de lo que les rodea y quienes han convertido bienes que no se encontraban en la Constitución en bienes protegidos por ese ordenamiento jurídico. Por lo cual existen dos formas de protección al ambiente: la intervencionista y la neoliberal. El modelo intervencionista, contempla la adopción de medidas de prevención consistentes en la regulación directa de las actividades que puedan dañar el ambiente. La regulación puede ser ejercida en forma de prohibición de la actividad; puede serlo con un régimen de premios y castigos (tributos verdes), en el que se comprenden los tributos diferenciales y, en última instancia, puede llegar a la aplicación de sanciones penales. El modelo neoliberal, en cambio, propone formas de protección indirecta, a través de la empresa misma que podría dañar el ambiente. No es pertinente la desregulación.

El modelo que adoptó nuestra Constitución es el primero; al dar lectura los valores, principios y reglas, existe que el Estado debe realizar y garantizar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado con un desarrollo sustentable, a continuación, procede los campos que la regulación tendrá que ejercer (Art. 86). Además, tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para las sanciones administrativas, civiles y penales, por las acciones u omisiones al existir el daño ambiental (Art. 87); tratará sobre los estímulos tributarios (Art. 89). Y establecer las responsabilidades de personas naturales y jurídicas, del Estado y de sus delegatarios (Art. 91).

Hay que tomar en cuenta que una de las formas de interpretación de la Constitución es que ella tiene una pirámide interna, que se conforma por los valores, principios y reglas; además, tener en cuenta el contexto constitucional, sin realizar una interpretación sin coherencia y realizando la interpretación aislada de normas.

Todo lo anterior, por cuanto el Estado ecuatoriano declara que su economía es social del mercado, es decir que el

mercado se encuentra sometido al interés colectivo y que se debe realizar la distribución para conseguir dicho objetivo (Art. 244).

Debemos entender como daño material, el menoscabo del patrimonio sufrido por la víctima y comprende el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener.⁸

El daño moral son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o síquica; en suma, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales.⁹

En el derecho pena, delitos de daño son lo que afectan al bien jurídico existe un resultado material, y la mutación física o alteración real del mundo físico, entendido desde la teoría finalista.

En el derecho ambiental es difícil que se recaiga en las clasificaciones tradicionales como son daño patrimonial o extrapatrimonial; cierto o incierto, daño actual o futuro y daño personal o daño ajeno.

La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales, por lo que el juez debe desplegar su espíritu sagaz y sensible, capaz de una distinta realidad. Podemos poner como ejemplo que las enfermedades producidas por la contaminación ambiental causan alteraciones que generalmente son desconocidas y algunas veces es imposible de conocer, así tenemos: el Reporte que Acción Ecológica ha presentado, con fecha junio del 2001, como producto de una investigación realizada en la zona del Putumayo, como efecto de las fumigaciones que se han realizado por parte del gobierno norteamericano a las plantaciones de cocaína y de drogas.

En ese reporte se recopila versiones que la Embajadora de los Estados Unidos de Norteamérica expresa que glifosfato tiene los mismos efectos de la sal común o la Aspirina, es menos dañino que la nicotina o la vitamina A y se lo usa en la mayoría de sembríos en el mundo y hasta en los jardines.¹⁰

Pero en las conclusiones a las que han llegado los investigadores de Acción Ecológica podemos observar que aparecen alteraciones en el organismo de los habitantes de las zonas en su aparato digestivo, presentan fiebre, afecciones al sistema respiratorio, tos seca, dolores de garganta, fiebre; en la piel: dermatitis, granos, úlceras de piel, etc. Además, en los cultivos se presentan grandes daños, por ejemplo: en el café, cacao, plátano, caña, yuca, arroz, etc. existen alteraciones en sus matas, troncos de árboles y como efecto se han quemado.

Con este breve ejemplo, podemos observar que las alteraciones del medio ambiente sano se pueden producir sin que sea efectivamente real el daño ambiental y que esto afecte en forma conexa a la salud y, además, el derecho a la alimentación, el derecho al trabajo, etc., alterando la calidad de vida de los ciudadanos y con ello la vida digna que los seres humanos debemos gozar.

Nuestra Ley de Gestión Ambiental nos da el concepto de daño ambiental al decir Es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos. En este concepto, solamente se entiende que debe existir una disminución de algo, es decir un resultado material, no se encuentra el peligro potencial que se puede generar.

Hay que tomar en cuenta que desde el punto de vista penal no es necesario que exista el daño, sino el peligro del bien jurídico, es decir, que se presenta una amenaza, así en el art. 437 A: ...que por sus características constituyan peligro para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente.

Introducir el concepto de daño ambiental en la ley es un absurdo de parte del legislador, por cuanto crea una dificultad para quien debe aplicarlo y, según nuestro Código Civil, debemos aplicar ese concepto. Además, es un concepto muy limitado el que consta en la Ley de Gestión Ambiental, se restringe en forma ecocéntrica, cuando nuestra Constitución es antropocéntrica, debiendo probar cuáles son las condiciones preexistentes. Solo al existir un estudio de impacto ambiental anterior, sería fácil encontrar la verdad procesal dentro del derecho penal garantizador, pero si no lo hay resultaría difícil o más bien imposible determinar los elementos esenciales del tipo penal, lo cual produce que no exista el tipo penal, se emitirán sobreseimientos sea provisionales o definitivos de los responsables, creando un problema de la eficacia de las sanciones y del derecho en sí, desde el punto de vista kelnesiano, que como se indicó es un requisito esencial para poder mantener el equilibrio ecológico y un ambiente sano.

Hay que tomar en cuenta que casi todos los tipos penales introducidos en el Código Penal que tienen relación con el delito ecológico, exigen que el autor sea habitual, lo cual dificulta determinar la responsabilidad; además, son normas en blanco que requieren de actos administrativos del Ejecutivo, para poder determinar cuáles son las sustancias contaminantes, las especies protegidas sea fauna, flora, por cuanto en la redacción nos dice legalmente protegidas, en épocas de veda. Es decir, la falta de asesoramiento técnico penal en la redacción de las normas crea dificultades a los operadores jurídicos.

El daño ambiental es toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, considerados individual como colectivamente, a que no se alteren de modo perjudicial las condiciones naturales de vida, concepto de Guillermo Peyrano, citado por Tomás Hutchinson.¹¹

Este concepto se entiende como la disminución que afecta el derecho que tienen los seres humanos, que no solo se lesiona su calidad de vida o salud, sino como indica el autor, puede afectar el desarrollo de una comunidad y comprometer seriamente sus intereses económicos presentes y futuros.

Tomando el criterio del autor Tomás Hutchinson, se debe analizar la cuestión partiendo de un caso en concreto para poder determinar que el daño es cierto, actual, personal, resarcible y antijurídico, establecer que en ...la responsabilidad extracontractual por daños producidos al ambiente, es necesario e inevitable el examen de las lesiones ambientales, de sus generalidades y de sus peculiaridades, de sus formas de producción y de sus causas, y poder determinar de esta manera, un esquema general de los daños al ambiente.¹²

Si retomamos el ejemplo que expuse en líneas anteriores, podemos observar que las fumigaciones realizadas en la zona del Putumayo afectaron a las personas en forma individual en su derecho a la salud, ya que como expliqué sufren alteraciones de índole físico, además, se encuentran afectadas en su desarrollo la Cooperativa Nuevo Mundo y

Organización San Francisco, entre otras, que están ubicadas a dos y 10 kilómetros de la frontera desde la zona de fumigación, produciendo daño a los sembríos de café, cacao, plátano, yuca, etc. Y encontrándose afectados directa y certeramente sus cultivos, con ello se comprometieron los intereses económicos presente y futuros de esas comunidades. Según este análisis del concepto de daño ambiental, en el caso concreto podemos determinar que se han cumplido cada uno de los requisitos que conforman éste.

Como conclusión, hay que criticar el concepto de nuestra ley en relación a lo que es daño ambiental, debemos manejarnos con los conceptos de la doctrina y de los casos en concreto que posteriormente se demanden, por cuanto se encuentran en simetría con la Constitución cuyas definiciones son antropocéntricas, las características y elementos comprenden un daño al ambiente más amplio que debe tener como fundamento la mejor condición de vida, un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, para poder realizar un interpretación en busca del contenido del concepto de ambiente, daño ambiental, impacto ambiental, etc.

La responsabilidad en el daño ambiental.

Una vez analizado el daño ambiental, debemos explicar en qué consiste la responsabilidad que genera éste y a quien le corresponde indemnizar.

Para iniciar este acápite, debemos preguntarnos ¿Qué circunstancias son las que determinan el nacimiento del deber de indemnizar?

Esta pregunta admite dos contestaciones:

A. La primera de ellas consistiría en decir: el autor de daño responde si por su culpa se ha producido el daño, por lo que está obligado a indemnizar quien ha actuado mal, quien por lo menos ha cometido una imprudencia en el obrar. No debe responder quien ha realizado todo lo posible.

Sólo la conducta humana engendra responsabilidad, quien sufre un daño debe probar, no sólo que es conducta humana como tal, esto es, con conciencia y voluntad. Puede ser por acción o por omisión.

La conducta humana, cuando el legislador la describe en el tipo, tiene relevancia jurídica y cuando la conducta es contraria a la norma se convierte en antijurídica, conformando el injusto, que según la teoría finalista genera la prevención especial y la prevención general al momento en que se determina la imputación, es decir, la culpabilidad, para poder establecer la sanción que en este caso es la de indemnizar.

La teoría de Jackobs en cambio es la de restablecer la confianza en la norma y en el ordenamiento jurídico. Este autor alemán ya no habla de bienes jurídicos, sino que al existir conductas deformadas que sean imputables y que actúan afectando la norma, el derecho penal en reacción determina la pena, con lo cual restablece la vigencia de la misma, ya no existiendo la prevención especial y general como existe en la actual dogmática jurídico penal que es negativa; en esta teoría es positiva, Además de la imputación objetiva o de libertad que se determina en la comprensión del ser humano en su condición de igualdad y libertad en el rol que dentro de la intersubjetividad tiene como tal.

Esta nueva teoría debe ser desarrollada en nuestra legislación penal, actualizándola, de la teoría positivista y finalista que se encuentra descrita en el Código Penal.

En la dogmática penal dominante existe el principio de la culpabilidad, es reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho descrito en la ley, existe la responsabilidad subjetiva pero en la actualidad existe la imputación objetiva, nadie responde por un hecho que no ha cometido con:

a. El conocimiento (conciencia-entender-representación) escoger los medios, que son las sustancias que tiene en su poder, que las comercializa, las almacena, vierte pueden causar el daño o amenazar la salud o el medio ambiente.

b. Además, con voluntad (querer) de hacerlo al materializar con el actuar lo deliberado y que se conduce en forma inequívoca a causar o constituya peligro para la salud humana o degrade el medio ambiente, en ese instante se está cometiendo el tipo, por cuanto existe el dolo directo (conciencia y voluntad) de causar o de amenazar el bien jurídico que debe tener la condición adecuada de vida, la salud y el medio ambiente o ambiente.

Igualmente, en el campo civil y administrativo, conforme a la filosofía liberal, la persona debe responder por su comportamiento, cuando es por culpa, en la responsabilidad civil o extracontractual es la conducta esperada la que puede consistir en la violación del genérico deber jurídico de no causar daño a otro.

Es frecuente, desde luego, que el acto generador de responsabilidad constituya valoración de un deber legal específico o una obligación legal. Por ejemplo, la omisión de las medidas reglamentarias impuestas en materia de eliminación de humos o aguas residuales nocivas, en cuanto daño o perjudique a otro.

De infinitas maneras podemos causar daño a los demás. Y, de no existir una causa de justificación, cualquier daño puede considerarse ilícito porque viola la regla máxima de convivencia: la que nos ordena no perjudicar a nuestros congéneres.

Este no perjudicar a otros debe siempre actuarse dentro del marco legal y además de convivencia social, cuando se genera es que la conducta humana se lo ha realizado con dolo o culpa, lo cual obliga a reparar. La culpa se entiende que origina responsabilidad civil cuando consiste en no actuar con la diligencia que en cada caso, cada circunstancia o cada momento debía haberse desplegado, por cuanto se espera que se actúe con actos de prudencia, que debe ser una persona perita en ese arte u oficio y que observa las normas, se puede entender que es una persona que hizo lo posible para realizar lo esperado.

Si sucede lo contrario, es decir, si se actúa con imprudencia, inobservancia, impericia, se actúa con culpa, por lo tanto se debe responder por el daño causado, existe una pretensión que se debe cumplir.

Existen causas de justificación, es decir, preceptos permisivos que el mismo legislador debe determinar para que la conducta humana, establecida en las hipótesis imperativas o prohibitivas, pueda no generar ninguna responsabilidad al realizarlos.

Así tenemos que:

— El ejercicio del propio derecho. El titular de un derecho ostenta un poder compuesto por un conjunto de facultades, esto es, posibilidades concretas de actuación. Cuando las pone en práctica, aunque al hacerlo dañe, no responde del perjuicio ocasionado por ser éste una consecuencia natural del derecho que tiene atribuido, derecho que puede ser utilizado, no en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que está llamado a desempeñar; que no puede ser ejercitado sin más, sino para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo; que en ningún caso puede ser realizado con malicia, mala fe o con voluntad de perjudicar a otra persona.

— El consentimiento de la víctima. Cuando a quien se le puede causar el daño, en forma libre y voluntaria, expresa su consentimiento dando la autorización, por lo que si se actúa bajo estos presupuestos no se causaría perjuicio, pero aquello es admisible cuando se trata de bienes patrimoniales, mas no cuando se trata de bienes que conforman la personalidad de la víctima; pero existen casos como la autorización al médico para que opere o cuando se encuentra en un riesgo recíproco, como la práctica de un deporte violento.

— El cumplimiento de un deber. Cuando se determina según la ley o reglamento una obligación de realizar algo previsto y que esa conducta que se realiza se tiene la certeza que se encuentra permitida por el ordenamiento jurídico. Puede en este caso existir el error de tipo y el error de prohibición.

— Se actúa con permiso o autorización entregada por la administración, pero a pesar de ello esta acción puede ser ilegal e injusta, lo cual no exime de responsabilidad.

— Fuerza mayor o caso fortuito. El caso fortuito es el que no se ha previsto, no ha podido evitarse, lo mismo que la fuerza mayor, excluyen el nexo causa, ya que existe una total involuntariedad del sujeto, no existiendo una conducta.

Finalmente, lo novedoso es el Art. 87 de la Constitución, que determina la existencia de responsabilidades penales en contra de las personas jurídicas; en el precepto constitucional se describe que la ley deberá tipificar las infracciones; con esta proposición preceptiva de mandato de orden constitucional, debemos tomar en cuenta que esa responsabilidad en la dogmática penal, tanto interna como externa; no existe esa apertura, es recién a partir del año 1980 en que la doctrina extranjera, como la española, francesa, danesa, holandesa, han realizado una estudio de dicha responsabilidad, ya que tanto la normatividad como la doctrina se han desarrollado en el sentido de que solamente el ser humano puede provocar una conducta que puede ser reprochada.

Pero, para aclarar este contenido, tengo la convicción de que se necesitaría un estudio enfocado solamente a este tema, que lo dejo propuesto en este trabajo y en un futuro lo realizaré.

c. La segunda de las contestaciones es de sentido contrario. Según ella, responde del daño quien de hecho lo ha causado. No es necesario indagar las características de su comportamiento. Debe indemnizar el daño sólo por haberlo ocasionado, o si se quiere, por haber realizado la actividad para producir un riesgo, a ésta se llama responsabilidad objetiva.

Como sabemos, el considerable desarrollo del maquinismo, fenómeno suficientemente conocido, verdadero que es signo de nuestro tiempo y fuente inagotable de riesgos y siniestros, hizo que el avance científico y tecnológico haya creado esta responsabilidad que no requiere o es independiente de la culpa que compromete el ambiente dañándolo en todo o en parte, sin necesidad de establecer, ni siquiera, la inversión de la carga de la prueba de la culpa.

La doctrina se muestra claramente proclive a la imputación objetiva, normativa o de libertad de la responsabilidad por daño ambiental. Tomando en cuenta la efectividad del principio en el Derecho ambiental, quien contamina debe pagar; hay que señalar que la responsabilidad extracontractual objetiva se apoya en cuatro reglas fundamentales:

1. Inversión de la carga de la prueba, que se traduce en una presunción de culpa del causante del daño.
2. La consideración de que la adopción de las medidas de precaución usuales o reglamentarias no es suficiente para exonerar de responsabilidad, pues la producción del daño revela que faltaba algo por prevenir.
3. Apreciación de la prueba conforme al principio pro perjudicado, es decir, en beneficio del más débil, que no debe confundirse con el de inversión de la carga de la prueba, ya que actúa en el ámbito de la causa; y,
4. Elevación del nivel de diligencia exigible, que da lugar a la regla del agotamiento de la diligencia, que exige haber agotado las medidas de diligencia posibles y socialmente adecuadas.¹³

Debemos tener en cuenta que la responsabilidad extracontractual objetiva tiene como fundamento que no requiere la intervención de la culpa o mejor dicho es evitable, para determinar el daño; lo que requiere es que exista un riesgo o como nos indica la doctrina una actividad riesgosa, el riesgo por su naturaleza implica peligro y cuando la empresa realiza actividades que generan un riesgo asume la responsabilidad de reparar el daño.

Pero también se ha de responder por el riesgo mismo, sin que se haya producido un daño. Así por ejemplo, se responde mediante multas, clausuras u otras medidas, en caso de inejecución de obras de seguridad en establecimientos industriales (responsabilidad sanción).¹⁴

Esta responsabilidad es por el riesgo de la cosa o la actividad en sí misma. Se trata de achicar el riesgo (prevención) para que el daño (indemnización) no se produzca.¹⁵ Es decir, que el haber generado una actividad, por ejemplo, fumigar las plantaciones de coca y marihuana por parte del Estado norteamericano, en la amazonía de los países como Colombia y Ecuador, ésta trae consigo una actividad que genera un riesgo por cuanto al fumigar con productos químicos que producen contaminación y afectan la salud, el medio ambiente o ambiente, la economía de las personas afectadas, hace que la responsabilidad sea objetiva y no sub-

jetiva, pero no existe la prevención por parte del agente contaminador, sino mas bien se dice que no existen problemas con esas sustancias.

El carácter objetivo de la responsabilidad se caracteriza por la prevalencia del nexo causal frente a la culpa como elemento para imputar el deber de reparación, y uno de los supuestos en que así ocurre se da cuando se han creado condiciones peligrosas o de riesgo. Estas pueden tener lugar por tres vías distintas:

- a. El peligro reside en la cosa en sí misma considerada, (por ej., explosivos).
- b.- El peligro consiste en la posición en que una cosa es colocada (por ej., dos productos que, aislados, son inocuos, pero que juntos se convierten en un peligroso tóxico), y
- c. Productos defectuosos.¹⁶

Podemos decir que siempre habrá riesgo, por cuanto el hombre conforme realiza un avance científico o tecnológico, va creando en forma permanente las actividades que implican riesgo o peligro, por lo que como dice el autor es el Estado el que debe fijar normas de seguridad que habrán de cumplir los operadores, en su condición de regulador y controlador, a través de su poder de coacción.

El riesgo ambiental está ligado a la prevención, por cuanto al establecer normas de seguridad se pretende que el daño no se produzca y si se produce que sea mínimo y que la reparación no sea costosa y que no tenga que sufrir por ello la sociedad, sino quien se beneficia de la actividad.

En la responsabilidad extracontractual objetiva, el caso de la fuerza mayor o caso fortuito que tiene relación con el daño ambiental no tiene tanta legitimidad, por que cuando fue entregado el concepto de estos términos no existía el adelanto tecnológico y científico como en la actualidad, ya que, por ejemplo, si se pretende construir una planta de almacenamiento de petróleo en una zona de alta actividad sísmica, con los estudios existentes tanto satelitales como geológicos, etc, se puede determinar que se prohíba construir en ese lugar, pero si se insiste, esa responsabilidad no le excluye, por cuanto el daño pudo ser previsible de que se produzca.

Conclusiones

A manera de conclusiones:

1. El ser humano es el mayor depredador de su propia ambiente, hay que evitar que esta proyección negativa del mismo siga actuando, previniendo con procesos culturales que disminuyan este impacto.
2. El error de determinar conceptos legales en las leyes determina que la formación jurídico positiva todavía existe con gran fuerza en los generadores de las leyes, hay que tomar en cuenta que el horizonte constitucional es mucho más amplio por cuanto en el mismo existen valores, principios y reglas que lo integran.
3. La interpretación constitucional no debe mantener el criterio de los conceptos legales, sino que debe hacerlo con las interpretaciones axiológicas o sociológicas.
4. Debemos participar en forma activa en que hay que defender el ambiente ante la destrucción de las grandes industrias, que el único fin que persiguen es el lucrativo.
5. Los estudios de impacto ambiental deben ser estrictos en

su análisis, para evitar los desastres como los del Plan Colombia, ya que las autorizaciones u ordenanzas administrativas hacen que el Estado asuma los riesgos por su falta de control a pesar de su competencia para mantener el orden y el equilibrio en las sucesiones de comportamientos sociales.

6. Estas responsabilidades estatales, por las omisiones, le pueden determinar responsabilidades subjetivas y objetivas tanto al Estado como a los funcionarios, creando el

derecho de repetición que tiene el Estado.

7. Las agencias secundarias dentro del derecho penal, determinan que tenga dificultades por la falta de apoyo estatal, por cuanto el enfrentamiento del desarrollo económico y el ambiente crean esta omisión y dificultad operativa.

Notas

1. JORNADO FRAGA, F. La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Bosch, Barcelona, 1995, ps.55 y ss.
2. PEREZ, Efraín, Derecho Ambiental, pag. 6, Mc.graw-Hill Interamericana, S.A., Colombia.
3. Op. Cit. Pag. 7.
4. Tomado de BUSTAMANTE ALSINA, J, Derecho Ambiental, ps. 7 y ss, Paris, 1993.
5. WEBER, Max, ECONOMÍA Y SOCIEDAD, Editora Fondo de Cultura Económica. pag. 27, 13 reimpr.
7. ALEXY, Robert, Teoría de los Derecho Fundamentales, pag. 268 y ss. ALEXY, Robert. Op. Cit. Pág.186.
8. DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, Tratado de Responsabilidad Civil, Civitas, 1993, pag. 674.
9. Ibidem, pag. 676.
10. Diario Hoy, Quito, 24 de julio 2000.
11. JORGE MOSSET , TOMAS HUTCHINSON, Daño Ambiental, Tomo II, pag. 37.
12. Ibidem, pag. 39
13. HUTCHINSON, Tomás, Daño Ambiental, Tomo II, pag. 61, 62.- Editorial Rubizal-Culnizoni.
14. Ibidem. Pág. 66.
15. Ibidem. Pág.66.
16. Ibidem. Pág.67.

Conclusiones

1. El ser humano es el mayor responsable de su propia contaminación, hay que evitar que esta contaminación sea el mismo ser actuando, pero también con procesos naturales que disminuyen este impacto.
2. El error de determinar culpables legales en las leyes termina que la formación jurídica positiva todavía a veces con gran fuerza en los gobiernos de las leyes, hay que formar en cultura que el hombre constitucional es mucho más amplio que cuando en el mismo existen valores, principios y reglas que lo integran.
3. La responsabilidad constitucional no debe limitarse a los actos de los funcionarios públicos, sino que debe incluir a los funcionarios, técnicos o sociólogos.
4. Determinar y verificar en forma activa en que hay que definir el ambiente que la declaración de las grandes instituciones, que el único fin que persiguen es el bienestar.

El ser humano es el mayor responsable de su propia contaminación, hay que evitar que esta contaminación sea el mismo ser actuando, pero también con procesos naturales que disminuyen este impacto.

El error de determinar culpables legales en las leyes termina que la formación jurídica positiva todavía a veces con gran fuerza en los gobiernos de las leyes, hay que formar en cultura que el hombre constitucional es mucho más amplio que cuando en el mismo existen valores, principios y reglas que lo integran.

La responsabilidad constitucional no debe limitarse a los actos de los funcionarios públicos, sino que debe incluir a los funcionarios, técnicos o sociólogos.

Determinar y verificar en forma activa en que hay que definir el ambiente que la declaración de las grandes instituciones, que el único fin que persiguen es el bienestar.