

178-2013

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las quince horas del día catorce de marzo de dos mil dieciséis.

El presente proceso ha sido promovido por el ciudadano Rafael Eduardo González Toledo, mediante el cual solicita la declaratoria de inconstitucionalidad –por vicio de contenido– del inc. 2º del art. 260 del Código Penal –C.Pn. – por contravenir lo prescrito en los arts. 3 y 246 inc. 1º de la Constitución de la República. Dicho precepto secundario fue reformado mediante el D.L. n° 451 de 09-VIII-2013 y publicado en el D.O. n° 162, tomo n° 400 de 4-IX-2013, y el mismo prescribe:

“Depredación de fauna

Art. 260.- (...) En la misma pena incurrirán las personas que en embarcaciones industriales realicen actividades de pesca dentro de las tres millas marítimas desde la línea de más baja marea”.

Han intervenido en el presente proceso, además del demandante, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. En el proceso los intervinientes expusieron lo siguiente:

I. El ciudadano González Toledo solicitó la inconstitucionalidad del referido precepto porque considera vulnerados los principios constitucionales de lesividad, mínima intervención e igualdad.

A. En relación con el primero, sostuvo que en un Estado de Derecho, el Derecho Penal debe servir como instrumento jurídico democráticamente delimitado hacia la protección de bienes jurídicos y la prevención de las conductas que supongan un daño a los mismos. En otras palabras, tienen que ser sometidas a tutela penal todas aquellas condiciones importantes para la existencia y evolución del sistema social. Por ende, la imposición de la pena tiene como factores determinantes la importancia del bien jurídico tutelado y la relevancia en cuanto al modo de ataque. A raíz de ello, el principio de lesividad impide al legislador el establecimiento de prohibiciones penales sin bien jurídico a proteger. En otras palabras, no puede existir responsabilidad penal por comportamientos carentes de ofensividad.

Conforme a lo anterior, aseveró que la pesca en las tres primeras millas marinas no constituye *per se* una conducta que origine depredación del ecosistema marino, ni tampoco es un comportamiento destructivo del medio ambiente.

B. En cuanto al principio de mínima intervención, afirmó que el mismo se relaciona con tres sub-principios: *(a)* si la medida que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional pretendido; *(b)* si la medida es estrictamente necesaria; y *(c)* si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida, es proporcional con el grado de realización del fin constitucional perseguido.

En términos precisos, en relación con el juicio de necesidad, afirmó que, al momento de efectuar una intervención penal, resulta ineludible evaluar la eficacia de otros medios menos drásticos, pues, se trata de proteger los bienes jurídicos al menor costo social posible; ya que, si en el caso concreto se aprecia que es suficiente recurrir al Derecho Administrativo o al Derecho Civil, entonces no tiene sentido utilizar una medida tan grave como la pena.

En el caso del precepto impugnado, el demandante afirmó que es falso que la penalidad de la pesca en las tres primeras millas marítimas sea una medida necesaria para la protección del medio ambiente, ya que existen otras medidas menos gravosas para el sector pesquero. Por ejemplo: *(a)* establecer sistemas correctos de veda y fiscalizar su cumplimiento; *(b)* restringir la pesca de arrastre en la primera milla marina a los barcos camaroneros; *(c)* aumentar las áreas de reserva acuáticas existentes a dos millas a cada lado del eje de las bocanas y tres millas mar adentro; *(d)* garantizar la protección de los esteros; *(e)* evitar la contaminación y la tala de mangle de los mismos; y *(f)* fomentar la investigación pesquera e incrementar el monitoreo, control y vigilancia en áreas de protección, así como otras medidas de ordenación.

Enfatizó que la criminalización de la pesca en las primeras tres millas marítimas, no constituye una medida idónea ni necesaria para la protección del recurso pesquero, a lo que se suma que tampoco es una medida debidamente ponderada.

C. Por último, y en relación con el principio de igualdad, señaló que el precepto en discusión realiza una exclusión arbitraria o discriminatoria en perjuicio de los pescadores industriales al penalizar la pesca dentro de las tres millas marinas contadas desde la línea de más baja marea. Y es que, según sostuvo, no puede hablarse de equidad cuando se castiga únicamente la actividad de un sector productivo del cual no se ha comprobado de forma fehaciente que utilice técnicas perjudiciales con relación a la bio-diversidad marina.

Concluyó afirmando que el precepto en análisis no cuenta con un respaldo técnico que acredite la utilización del Derecho Penal; sino que al contrario, perjudica de forma severa a quienes se dedican a la pesca industrial dentro de las tres primeras millas marítimas. Por lo

anterior, solicitó que el inc. 2º del art. 260 del C.Pn. sea declarado inconstitucional.

2. Mediante Auto de 26-II-2014, esta Sala inició el trámite del presente proceso, circunscribiendo el control constitucional sobre el inc. 2º del art. 260 C.Pn., por la supuesta vulneración a los principios de igualdad, lesividad y mínima intervención que informan el programa penal de la Constitución.

3. En su intervención, la Asamblea Legislativa manifestó en síntesis que la disposición secundaria en análisis, busca salvaguardar los recursos hidrobiológicos que se encuentran en las proximidades de la costa, y que resultan gravemente afectados por los métodos utilizados por la pesca industrial. Lo cual no acontece con la pesca artesanal.

Sostuvo que no existe afectación al principio de igualdad ya que, entre la pesca industrial y la artesanal, existen notables diferencias que van desde los costos de operación hasta las ganancias obtenidas. Por otra parte, y en cuanto a la lesividad, la prohibición prescrita en la disposición impugnada busca evitar que la actividad pesquera primeramente mencionada, afecte a las comunidades que habitan la zona costera y cuyo medio de sobrevivencia es la pesca artesanal. Además, se intenta proteger el derecho a disfrutar de un entorno ambiental seguro, lo cual se relaciona con otros derechos fundamentales tales como la alimentación adecuada, la salud y el derecho a la vida.

Por último, y en relación con el principio de mínima intervención, afirmó que el Estado tiene una obligación contenida en el art. 117 Cn. de proteger los recursos naturales. Por ello, los declara de interés social y habilita su protección mediante la emisión de las leyes secundarias correspondientes, entre éstas las penales.

Solicitó, entonces, que el precepto en referencia, no se repute contrario al estatuto fundamental salvadoreño.

4. El Fiscal General de la República en funciones al momento de evacuar el respectivo traslado, sostuvo que los arts. 65, 101, 113 y 117 de la Constitución establecen la protección del medio ambiente por su íntima conexión con el libre desarrollo del ser humano. Por lo anterior, su protección y los ámbitos de producción económica no resultan ser sectores independientes, sino que deben ser equilibrados.

Expresó además que el derecho al medio ambiente sano es de carácter constitucional, siendo éste el que descansa en un conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos, sociales y culturales capaces de causar efectos directos o indirectos en un plazo corto o largo sobre los

seres vivos y las actividades humanas. Al efecto –afirmó– es procedente reconocer que dentro del Código Penal salvadoreño no contamos únicamente con bienes jurídicos individuales sino también con otros de carácter colectivo, cuya característica esencial es que descansan en la pluralidad de miembros que componen la comunidad; siendo por ello indisponibles o no negociables individualmente. Estos gozan de legitimidad democrática para ser protegidos penalmente.

Por otra parte, mencionó que el objetivo del tipo penal en discusión radica en la conservación y protección de los recursos naturales, en específico, de las distintas especies marinas. Esto se logra protegiendo cierta franja marina de la pesca industrial, cuyo uso del arrastre de fondo y de redes de pesca de gran envergadura generan un impacto ambiental mayor que el de la pesca artesanal. Si bien esto ya tiene un control administrativo de acuerdo al art. 31-A de la Ley General de Ordenamiento y Promoción de Pesca y Acuicultura (LGOPPA) el Derecho Penal debe intervenir ya que las sanciones administrativas son poco eficaces para la conservación y gestión efectiva de los recursos acuáticos vivos.

Afirmó además que, cuando otras ramas del Derecho –como acontece con el Derecho Administrativo Sancionador– no han demostrado tener el efecto esperado o disuasivo, la opción por el Derecho penal se encuentra más que justificada.

En último lugar, expresó que no existe ninguna violación al principio de igualdad, ya que el daño ocasionado por la pesca industrial es distinto y más grave que el derivado de la pesca artesanal. Esta diferencia permite un tratamiento distinto a fin de evitar daños irreversibles en el ecosistema marino.

Por lo anterior, consideró que no existe la inconstitucionalidad señalada por el demandante y solicita que así sea dictaminado por esta Sala.

II. Luego de haber sido expuestos los motivos esgrimidos por el demandante, las razones aducidas por la Asamblea Legislativa para justificar la constitucionalidad de la disposición analizada y la opinión del Fiscal General de la República, es procedente efectuar algunas consideraciones relativas al objeto del presente proceso: en primer lugar, con referencia al derecho constitucional a gozar de un medio ambiente sano (**III**); para luego referirse a las relaciones existentes entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, en la protección del medio ambiente conforme al principio de acesoriedad administrativa (**IV**); y por último resolver la cuestión de inconstitucionalidad sometida a examen ante esta Sala (**V**).

III. 1. En diferentes pronunciamientos, esta Sala ha sostenido que el art. 117 Cn., no sólo establece un derecho fundamental al medio ambiente sano, sino que también, se manifiesta como una norma objetiva que genera deberes y obligaciones a los poderes públicos, a fin de que desplieguen dentro del ámbito de su competencia, las actividades destinadas a restaurar, promover y proteger los bienes ambientales.

Cuando hablamos del derecho a un medio ambiente sano, no estamos en presencia de un mero interés constitucional, ni mucho menos ante una norma programática, sino ante un derecho que en su dimensión objetiva habilita a sus titulares exigirle al Estado el desarrollo de políticas eficaces que prevean las medidas idóneas y suficientes para su mantenimiento y protección.

En tal sentido, el precepto constitucional en mención, establece las líneas generales o directrices de toda política estatal relativa a los recursos naturales y al medio ambiente que comprende al menos tres aspectos: *(a)* las actividades relacionadas con los recursos naturales son de interés social; pues se intenta satisfacer las necesidades colectivas. En otras palabras, este principio que establece la primacía del interés general frente al particular se constituye en una premisa interpretativa esencial en cuanto a cualquier formulación e interpretación de la política ambiental; *(b)* es obligación del Estado crear los incentivos económicos y proporcionar la asistencia técnica necesaria para el desarrollo de programas adecuados a la protección, restauración, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales; y *(c)* por último, la remisión al legislador secundario para que desarrolle mediante leyes especiales las actividades relacionadas con ese sector, creando un marco normativo idóneo para facilitar su utilización racional.

2. Desde esta perspectiva, el medio ambiente se caracteriza como el entorno vital del ser humano compuesto por elementos geológicos, climáticos, químicos y biológicos que rodean a todos los seres vivos y condicionan su existencia y desarrollo. Esta concepción –que no es nueva en la jurisprudencia constitucional– abarcaría a los recursos naturales tales como el agua, aire, suelo, subsuelo, fauna, flora, costas y los fondos marítimos, entre otros; así como las interacciones que se generan entre ellos en los diversos ecosistemas, espacios naturales y en el clima –sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004–.

Sin embargo, la protección de todos estos elementos, aun y cuando su conexión los dota de un significado trascendente, no se efectúa en razón de su valor e importancia individual sino con relación a su disfrute por la raza humana. Así ha quedado establecido desde la sentencia de 2-

VII-1998 –Inc. 5-93– que estipuló: “... [l]a Constitución no enuncia dentro del catálogo de derechos fundamentales un derecho al medio ambiente sano, sin embargo, es imprescindible reconocer que las obligaciones prescritas en el art. 117 y otras disposiciones de la Ley Suprema no importan un contenido prestacional en favor de los recursos naturales –lo que es jurídicamente imposible– sino de las personas que conforman la colectividad, es decir, de quienes satisfacen sus necesidades materiales mediante el aprovechamiento de tales recursos”.

Esta concepción de carácter netamente antropocéntrico, implica que los recursos naturales son medios para satisfacer sus necesidades biológicas, económicas, sociales y culturales, pero sin que pueda llegar su utilización y disfrute hasta su completa aniquilación. Es así que entre ambos extremos, un disfrute irresponsable sin tomar en cuenta a las generaciones futuras y por otra la nula utilización de los recursos naturales, se impone un uso racional y equilibrado de estos últimos por las generaciones actuales.

En efecto, el mantenimiento del medio ambiente puede considerarse como una cuestión de justicia distributiva entre las sucesivas generaciones de personas. Así, mientras que los recursos medio ambientales renovables se encuentran a libre disposición de la actual generación, a ella le es obligado el cuidado de los recursos cuyo agotamiento perjudicará a las futuras generaciones, y esto implica el uso racional de los mismos. Es procedente entonces resaltar, que el agotamiento de las reservas naturales no sólo tiene lugar a través de las prácticas contaminantes, sino también, por el consumo indiscriminado y excesivo que pueda tener lugar en el presente.

3. Por ello, las políticas públicas inspiradas en un correcto entendimiento del art. 117 Cn., tienen que alinearse en los diferentes principios que inspiran el Derecho Constitucional Ambiental tales como: (a) el *principio proteccionista*, que se relaciona con la adopción de las medidas preventivas que impidan el deterioro de los bienes ambientales cuya conservación se pretende. Se trata de regulaciones de carácter técnico que van asociadas a limitar actividades contaminantes o con restricción a ciertas prácticas depredatorias, tales como la prohibición de la caza y del comercio de especies animales protegidas o la necesaria evaluación del impacto ambiental de una obra o proyecto; (b) el *principio conservacionista*, el cual implica la retirada del mercado de algunos bienes naturales cuya utilización prácticamente se reduce al exclusivo derecho de disfrutar del medio, lo que acontece por ejemplo con los parques nacionales protegidos; (c) el *principio de restauración de los recursos*, que establece el fomento de las

actuaciones encaminadas a regenerar los deterioros realizados a los bienes medio ambientales como acontece con las medidas de reforestación por ejemplo; y (d) la *garantía de utilización racional de los recursos naturales*, la cual queda a cargo del Estado y sus diversas instituciones especializadas –sentencia de 26-VI-2003, Amp. 242-2001–.

4. Particular interés merece el *principio proteccionista*, cuya esencia reporta la adopción de medidas o reglas técnicas que impidan el deterioro o extinción de algún bien medioambiental. En definición, suponen la regulación y limitación técnica de todas aquellas actividades que podrían considerarse nocivas, que enlaza directamente con el mandato establecido en el inc. 2º del art. 117 Cn. de velar por la utilización racional de los recursos naturales. Éste se bifurca, en dos sub-principios que han sido claramente detallados por la jurisprudencia constitucional: *el principio de prevención y el principio de precaución*.

El primero prescribe la utilización de mecanismos, instrumentos y políticas gubernamentales que tiendan a evitar afectaciones relevantes al medio ambiente o a la salud de las personas. En suma, su función básica es prever y evitar el daño antes de que se produzca, lo cual no implica necesariamente prohibir la actividad sino regularla o limitarla. Dentro de este tipo de medidas se encuentran la prohibición de construir en determinadas áreas, la veda, la evaluación de impacto ambiental, etc.

Es así que la eficiente aplicación del principio de prevención adquiere mayor relevancia en relación con otros principios ambientales como el restaurativo; pues, al tener conocimiento que determinada acción tendrá efecto negativo e irreversible en el medio ambiente y la salud de la población se debe evitar su realización, so pena de tener que reparar daños ambientales futuros.

Por otra parte, el principio precautorio, opera ante la falta de información o de conocimientos científicos acerca del impacto de determinada conducta sobre el ambiente, la calidad de vida o cualquier componente del ecosistema; impidiendo autorizarla cuando no se tenga identificado los riesgos que reporta una vez puesta en marcha.

De ahí que, las autoridades medio-ambientales, en la medida de sus capacidades y cuando adviertan el riesgo de un daño grave e irreversible, no pueden utilizar la falta de certeza científica como excusa para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación ambiental. En términos sencillos: *en caso de duda, debe resolverse lo más favorable al medio ambiente*.

IV. Es preciso referirse en este apartado al rol que las prohibiciones penales poseen en el

ámbito de la protección de los bienes jurídico ambientales y su naturaleza complementaria con el Derecho Administrativo Ambiental.

I. De inicio, conviene afirmar que ante la posibilidad de crear daños irreversibles al medio ambiente derivados del consumo y de los complejos procesos industriales y tecnológicos propios de la industria y la economía moderna, riesgos derivados del proceso de modernización que implican una dimensión de afectación colectiva que trascienden más allá del sujeto que la provoca, podemos referirnos a la existencia en la actualidad de intereses jurídicos de carácter difuso o colectivo y que han sido elevados al rango de bienes jurídico-penales.

Estos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales constituyen todos aquellos medios que permiten la satisfacción masificada de las necesidades existenciales de los miembros de la comunidad en general. Y su tutela penal se amplía más allá de los bienes estrictamente personalísimos, pues los primeros corresponden a grandes sectores de la población, como son medio ambiente, seguridad laboral, orden económico, administración de justicia, entre otros.

De esta forma, en los ordenamientos criminales modernos, los bienes jurídicos de carácter individual se complementan con otros, cuya titularidad descansa en la pluralidad de miembros que componen la comunidad, siendo por ello indisponibles o no negociables individualmente.

Si bien, en el Derecho Penal del Estado liberal la tutela fundamental radicaba en los intereses individuales; en el Estado Constitucional de Derecho, se imponen nuevas funciones de promoción y protección de estos intereses titularidad plural. En tal sentido, si la base del ordenamiento jurídico penal es la regulación de la convivencia mediante la protección de los intereses de vida, es válido su uso, pues sin la protección de las mismas bases de subsistencia de la humanidad a través de los medios más enérgicos que posee el Estado, no podrá existir a futuro la sociedad humana.

Es claro que dentro del ámbito del Derecho Penal no debe entrar cualquier inconveniencia o molestia social como ilícito; sin embargo, en determinados casos –como el que acontece con el aseguramiento y protección de los bienes ambientales– su intervención se vuelve más que necesaria a fin de asegurar el mantenimiento de todas aquellas condiciones que permitan dotar a los ciudadanos de una óptima calidad de vida. *Desde esta perspectiva, no cualquier interés puede ser digno de tutela penal, sino únicamente aquellos susceptibles, necesarios y dignos de dicha tutela; en particular, cuando las regulaciones jurídico-administrativas se muestren insuficientes en asegurar su efectiva protección.*

En tal sentido, la protección penal de los denominados bienes jurídicos difusos o colectivos es legítima constitucionalmente, cuando su protección se muestre necesaria para proteger las condiciones que permitan un óptimo desarrollo personal de cada uno de los miembros de la sociedad.

Lo anterior es válido para el caso del precitado art. 117 Cn., el cual recoge el derecho a un medio ambiente sano, lo cual, por su sola mención y énfasis que se le brinda en el estatuto fundamental, adquiere una relevancia constitucional indiscutible para la actividad criminalizadora del legislador.

Estos bienes jurídicos colectivos, de ninguna forma pueden considerarse ajenos a la persona, más bien, el ciudadano únicamente puede desarrollar sus ámbitos de libertad, en la medida que pueda coexistir con el derecho que los otros también tienen en cuanto a su disfrute y más aún tratándose de las generaciones futuras.

Por ende, cabe hablar de una titularidad de cada ciudadano que es compartida con otros bajo una misma categoría jurídica y que se relaciona con el disfrute y mantenimiento de un entorno sano. Esto nos lleva a definir a estos bienes jurídico-penales de titularidad supra-individual como aquellos que hacen referencia a las condiciones y presupuestos necesarios para que cada habitante pueda desarrollar libremente su personalidad. Estos intereses se caracterizan por las siguientes notas: (a) su origen fáctico –asociativo, concertado o espontáneo–; (b) carácter conflictual –de reacción frente a las políticas económicas–; y (c) de titularidad plurisubjetiva –solidaridad de intereses–.

Por otra parte, también se resaltan como características más pronunciadas la “no exclusión en el uso” y la “no rivalidad en el consumo”. Ello supone que todo bien jurídico colectivo puede ser disfrutado por cada miembro de la sociedad sin que sea posible relacionarlo en todo o en parte a un exclusivo segmento de la misma.

2. Lo anterior, plantea un difícil desafío en cuanto a su tutela penal, ya que más que un ataque directo al bien jurídico, nos encontramos ante una tutela subsidiaria de la protección que realiza primeramente el ordenamiento jurídico-administrativo. En tal sentido, la intervención estatal en materia medio-ambiental implica tanto el uso del Derecho Administrativo Ambiental como del Derecho Penal, correspondiendo a éste un papel de *ultima ratio* en relación con el primero. A ello se le denomina *accesoriedad administrativa*.

Al respecto, en el Derecho comparado, es posible encontrar tres formas de interrelación

entre estas dos disciplinas jurídicas en el ámbito de la protección medio-ambiental: (a) un primer modelo en el que el Derecho Penal es completamente dependiente de la Administración, y en el cual se pretende garantizar punitivamente las decisiones administrativas; (b) un modelo de accesoriadad del Derecho Penal respecto del Derecho Administrativo, el cual se guía por la exigencia de destacar ciertos bienes medio ambientales –especies de flora y fauna, bosques, etc.– y que esgrime la amenaza penal ante los ataques más graves que puedan perjudicarlos. Bajo esta óptica, la contravención administrativa es un presupuesto esencial para la intervención penal; y (c) un tercer modelo de regulación en el que el Derecho penal es totalmente independiente del Derecho Administrativo cuando se trata de afectaciones graves e intolerables.

Obvio resulta afirmar *que el modelo que se ha implementado en nuestro país es el de la accesoriadad relativa, esto es que a la Administración Pública le corresponde el papel central en la protección y defensa del medio ambiente, utilizando toda la gama de técnicas de prestación, limitación y de fomento que arbitra el ordenamiento jurídico. Mientras que el sistema de represión penal desempeña un papel de refuerzo o cierre del sistema administrativo requiriendo adicionalmente que la conducta ilícita tenga la idoneidad suficiente para afectar seriamente a los sistemas naturales.*

De acuerdo con lo anterior, el primer círculo de protección que desempeña la actividad administrativa ambiental es de carácter preventivo. Aquí se utilizan una enorme variedad de técnicas de carácter científico, que van desde las medidas sanitarias hasta las tradicionales de veda de caza o pesca así como el procedimiento de evaluación de impacto ambiental o fijación de los estándares de emisión de gases contaminantes –al respecto, véase la sentencia de 30-VII-2014, Inc. 21-2009 –.

Este quehacer administrativo puede repercutir en la libertad de acción y los derechos de los ciudadanos, conforme el uso de *medidas de limitación o policía*, que restringen fuertemente, en ocasiones, los ámbitos de libertad de los ciudadanos, o bien buscan influir de forma positiva como acontece con las *actividades de fomento e incentivos*, en las cuales se busca la colaboración de los ciudadanos a través de formulas de incentivación o desincentivación de la iniciativa privada.

Es así que la Administración puede utilizar *técnicas de intervención* en la actividad o derechos de los individuos como acontece con el otorgamiento de licencias para iniciar una actividad potencialmente contaminante, así como en la ineludible auditoría de su desarrollo; la

reglamentación o la prohibición del uso de determinados recursos naturales y la sanción ante su infracción.

Dichas reglamentaciones pueden ser ocasionalmente modificadas para poder equilibrar los intereses en juego, como resulta con las autorizaciones, que por un lado no sirven únicamente para comprobar la adecuación de los comportamientos de los particulares al Derecho; sino también para tomar decisiones respecto del reparto de recursos escasos, lo que permite a las autoridades competentes limitar el número licencias o permisos y ejercer potestades especialmente reforzadas de supervisión y control –situación que acontece en el caso en análisis con la biota marina–.

Por otra parte, en un segundo círculo de protección, la amenaza penal tiende a reforzar el cumplimiento de esas normas administrativas que imponen deberes y obligaciones. Ello obedece a intereses político-criminales que otorgan un valor prevalente a la protección del medio ambiente, así como el necesario respeto que deben tener los ámbitos de ponderación realizados en sede administrativa.

Por esto, es advertible la necesidad de complementariedad que ambos ordenamientos tienen en la tipicidad penal, ya que es posible encontrar una *accesoriedad normativa* –por ejemplo, con los tipos penales en blanco– y una *accesoriedad de acto* respecto a los actos administrativos autorizantes de actividades sociales contaminantes pero toleradas bajo condiciones de control y supervisión del Estado.

V. 1. Efectuadas las anteriores consideraciones, resulta procedente resolver el objeto del presente proceso, consistente en dilucidar la constitucionalidad del inc. 2º del art. 260 del Código Penal que penaliza la pesca industrial dentro de las tres primeras millas marítimas contadas desde la línea de más baja marea.

Este precepto penal se relaciona con los artículos 28 inc. 2º y 31-A de la Ley General de Ordenación y Promoción de la Pesca y Acuicultura (LGOPPA) estableciendo el primero: “[d]e igual manera se declara área de reserva acuática la distancia de una milla marina contada a partir de la línea de más baja marea en toda la costa salvadoreña”, y el segundo: “[s]e prohíbe la pesca industrial dentro de las tres millas marinas contadas desde la línea de más baja marea. Dentro de dicha zona y después del área de reserva acuática, únicamente podrá autorizarse la pesca artesanal, de pequeña escala o la no comercial”.

Por ende, nos encontramos en presencia de normas de protección ambiental que, junto a

su naturaleza jurídica de policía administrativa, su acatamiento resulta reforzado mediante el uso de las prohibiciones penales.

2. Conforme a ello, el demandante enfila su pretensión en una presunta violación del principio de igualdad en cuanto no resulta aceptable castigar penalmente a quienes se dedican a la pesca industrial dentro de las tres millas marítimas y si permitirle respecto a los pescadores artesanales en dicho tramo. Pero por otra parte, estima que es inaceptable la utilización del Derecho Penal para proteger la biota marina, pudiéndose haber utilizado mecanismos tales como el Derecho Administrativo Sancionador u otras técnicas de intervención. A esto último hace referencia su argumentación relativa a los principios de lesividad y proporcionalidad que inspiran el ordenamiento jurídico salvadoreño –arts. 3 y 5 C.Pn.–.

A. El primer argumento ya fue conocido por esta Sala en la sentencia de 27-VI-2014 – Amp. 137-2012– cuando se estableció que la distinción entre la pesca artesanal e industrial, radica en que esta última utiliza como método de pesca la red de arrastre, la cual es una práctica sumamente perjudicial al ecosistema, por su elevado porcentaje de pesca incidental y sus efectos en el fondo marino, lo que no acontece con la pesca artesanal. Conforme a lo anterior, se sostuvo que la prohibición de la pesca industrial en las tres primeras millas marinas, es para evitar que los barcos camaroneros realicen la pesca con red de arrastre en un área rica en biodiversidad lo que reporta un alto beneficio para la protección del medio ambiente marino.

Es así que ante la mayor lesividad que reporta la pesca industrial es que se decidió limitar sus actividades dentro del ámbito correspondiente a las tres millas marítimas, pudiendo efectuarse sin restricciones de ningún tipo dentro de las restantes millas en las que también existe una diversidad de recursos marinos.

Adicionalmente, las normas administrativas en mención buscan promover a la pesca artesanal, cuyos métodos de pesca cualitativamente son menos lesivos para el ecosistema marino, y quienes no tendrán que competir en desigualdad de condiciones con la pesca industrial, lo cual representa una verdadera posibilidad de desarrollo económico para este sector.

Existiendo razonabilidad en la diferenciación efectuada por el legislador en atención a los efectos que dicho tipo pesca reporta al ecosistema marino, resulta adecuado desestimar la pretensión relativa a la presunta vulneración al art. 3 Cn. en el presente proceso.

B. En cuanto al segundo argumento relativo a un desmesurado uso de la intervención penal en perjuicio de quienes se dedican a la pesca industrial, conviene tener en cuenta lo

expuesto *supra* en relación con el principio de accesoriadad entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Ambiental.

Tal y como se sostuvo en la sentencia de amparo antes citada, la declaratoria de reserva acuática es una medida de ordenación de la actividad pesquera que busca establecer un régimen específico de protección y conservación en lugares con características naturales y favorables para el hábitat y la reproducción de especies hidrobiológicas. Estos regímenes de protección y conservación consisten básicamente en prohibir total o parcialmente en determinadas zonas, toda clase de extracción y los métodos de pesca que tienen un mayor impacto en el medio ambiente marino.

Por ende, lo establecido en el art. 31-A de la LGOPPA, se constituye en una medida idónea para la protección del medio ambiente marino y además, del desarrollo económico del sector pesquero artesanal, pues toda decisión que suponga una disminución del esfuerzo pesquero al cual está sometido el ecosistema marino implica un beneficio para éste. Por otra parte, la distancia tomada en consideración en los preceptos administrativos en referencia, es una decisión que fue adoptada dentro del marco de configuración legislativa, y es él quien consideró que tal medida garantiza de forma más eficaz el cumplimiento de las finalidades establecidas en el art. 117 Cn.; y ello se encuentra en clara sintonía con los principios ambientales antes referidos de *prevención y precaución*.

En consonancia con ellos, si no se tiene la certeza de que una determinada acción producirá consecuencias dañinas, porque en el ámbito científico existen dudas o no hay pruebas irrefutables al respecto, se deben tomar todas las medidas de resguardo a favor del medio ambiente. Este principio rige en la LGOPPA, cuando otorga al Centro de Desarrollo de la Pesca y la Acuicultura – CENDEPESCA– la facultad de implementar medidas temporales de ordenación cuando no se disponga de la información científica pertinente sobre el estado de las especies hidrobiológicas (art. 4 LGOPPA).

Se advierte entonces, *que el legislador decidió tomar acciones de carácter preventivo y precautorio, mediante la emisión de una medida de limitación o de policía que si bien restringe ciertos derechos económicos derivados de la explotación marítima por la pesca industrial, esta tiene una clara finalidad: evitar un deterioro irreversible del ecosistema marino y de las especies que en él se encuentran.*

Por su parte –y dentro del segundo círculo de protección medio-ambiental–, el castigo

penal contemplado en el inc. 2º del art. 260 C.Pn. se inserta en un sistema ordenado y global de tutela ambiental que inicia con las técnicas administrativas de control antes relacionadas hasta llegar a sancionar los atentados más graves a los bienes ambientales, cuando pueda ser advertible que los mecanismos administrativos sancionatorios resultarán ineficaces en su función disuasoria – la denominada función *preventivo-general de la norma penal*–.

De ahí que, en particular con los recursos marítimos –como acontece igualmente en los forestales o los mantos freáticos–, resulta necesario en muchos casos adelantar las barreras de protección a través de la creación de normas obstáculo o de peligro abstracto que puedan coincidir en su objeto con las normas administrativas ambientales. En tales casos, la formulación de delitos que no requieran la producción efectiva de un resultado dañoso, demuestra la existencia de una especial sensibilidad ante los acuciantes problemas que reporta un medio ambiente deteriorado, y en los que una norma que anticipa la sanción a la sola puesta en peligro del bien jurídico tiene una función preventiva obviamente mayor respecto de las conductas que se castigan cuando el daño se ha producido.

Es evidente que esto puede reportar facilidades probatorias dentro del proceso penal debido a la naturaleza abstracta o hipotética del peligro; pero conviene señalar que nos encontramos ante escenarios donde resulta difícil comprobar las relaciones entre causa-efecto de la acción realizada por el agente depredador y el daño sufrido en los sistemas naturales, el cual, en ocasiones, puede constituirse en un deterioro irreversible y no cuantificable.

3. En conclusión, *a diferencia de lo que acontece respecto de los bienes jurídicos clásicos, el Derecho penal en el ámbito de protección de los bienes jurídicos de naturaleza colectiva como acontece con la protección de los recursos naturales, puede ser legítimamente utilizado para actuar contra posibles riesgos mediante el efecto preventivo de la amenaza penal, interviniendo antes que el concreto peligro o lesión pueda tener lugar. Y esto, no es –como piensa el demandante– inconstitucional, sino la necesaria adaptación de las normas penales a los nuevos ámbitos de protección que demanda una sociedad cada vez más compleja y tecnológica.*

Sin embargo, aceptar esta necesaria vinculación del Derecho Penal a la normativa administrativa, no implica concebirlo en un simple carácter subalterno: si bien su función en estos ámbitos reside en asegurar la eficacia de la normativa administrativa ante la contradicción de los particulares respecto de los mecanismos y reglas técnicas dictados por la Administración Pública

en la función de planificación y gestión de ámbitos concretos de la realidad, también es preciso afirmar que la relevancia penal de las conductas contempladas en el capítulo II del Título X del Código Penal –y en el que se encuentra contenido también el art. 260– requerirá de la comprobación del necesario desvalor de acción consistente en la idoneidad de la conducta del autor del delito para afectar al bien colectivo penalmente protegido.

Por las razones anteriores, conviene igualmente desestimar esta pretensión.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y arts. 11 y 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala:

Falla:

1. *Declárase* que no existe la inconstitucionalidad alegada con relación al inc. 2º del art. 260 del Código Penal por la supuesta violación a los arts. 3 y 246 inc. 1º de la Constitución, en virtud que por las graves consecuencias que reporta para el ecosistema marino la pesca industrial dentro del rango correspondiente a las tres millas marítimas, el legislador decidió efectuar una diferenciación razonable en cuanto a los sujetos que pueden quedar comprendidos dentro del referido tipo penal, y se trata de una figura penal que se justifica atendiendo a la naturaleza complementaria que reporta el Derecho Penal a las normas administrativas de gestión y control de todas aquellas actividades que resultan idóneas para deteriorar los referidos recursos ambientales.

2. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

3. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.

**F. MELENDEZ. -----J. B. JAIME. -----E. S. BLANCO R. -----
R. E. GONZALEZ. -----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS
QUE LO SUSCRIBEN.-----X. M. L.-----SRIA. INTA.-----
RUBRICADAS.-**