

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

Proyecto de investigación: El problema de proporcionalidad de la pena en el delito que atenta contra la fauna silvestre. Revisión y propuesta de reforma a la pena privativa de libertad establecida para el delito contra la vida silvestre tipificado en el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal.

Stephanie Guadalupe Aguirre Herrera

Director:
Dr. Hugo Iván Echeverría Villagómez

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de abogada.

Quito, 30 de octubre de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACIÓN DE DIRECTOR/TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TÍTULO:

El problema de la proporcionalidad de la pena en el delito que atenta contra la fauna silvestre

ALUMNO:

Stephanie Guadalupe Aguirre Herrera

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado

Este trabajo plantea un problema jurídico muy importante para el derecho ambiental; pero que es poco estudiado en nuestro medio. Se trata de la relación entre el derecho penal y el derecho ambiental. En este marco, la investigación aborda un aspecto específico, relativo a la teoría de la pena: la proporcionalidad de la *pena privativa de la libertad* prevista para el delito contra la fauna silvestre.

La intervención del derecho penal en materia ambiental es relativamente reciente en nuestro país, pues data de las reformas penales del año 2000, expedidas a la luz de la Constitución Política de 1998. El Código Orgánico Integral Penal ratifica la tutela penal de este bien jurídico. No obstante, en materia de vida silvestre, el legislador no incrementó la pena privativa de libertad prevista para este delito en el Código Penal; ni siquiera la mantuvo, sino que la redujo.

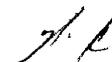
Esto ocurrió, a pesar de que el COIP se expidió a la luz de la *nueva* Constitución ecuatoriana, que es globalmente conocida por la importancia que otorga a la relación entre el ser humano y su entorno; y cuyas disposiciones incluso traspasan (controversialmente) el ámbito antropocéntrico del derecho ambiental.

Además del fundamento constitucional, que es tema central en este trabajo, la reducción de la pena resulta problemático en un país como el nuestro que -por albergar el mayor índice de biodiversidad de la tierra- integra un selecto grupo de países reconocidos como *megadiversos*. Esto es problemático por varias razones. Una de ellas porque en países vecinos, igualmente megadiversos, las penas privativas de la libertad son más altas que las nuestras, lo cual (entre otros efectos) deriva en lo que la autora de este trabajo identifica como un potencial *paraíso* para esta actividad ilícita.

El problema presentado también es importante porque identifica un contraste entre nuestra legislación penal ambiental y las pautas internacionales aplicables a este tema tan especializado. Y es que el COIP no refleja las recomendaciones que, sobre la materia, han sido planteadas por los órganos especializados de Naciones Unidas y otras agencias especializadas, desde el año 2010, en el sentido de una intervención más sólida del derecho penal para afrontar la creciente problemática del tráfico de vida silvestre, con la consecuente tipificación de este delito como una infracción grave.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador

El incremento de las penas privativas de la libertad es un tema de debate jurídico, que suele inclinarse por la ineficacia de tales medidas.



Por otro lado, cuando este problema se examina desde la perspectiva de la proporcionalidad el argumento prevaleciente suele ser el de la limitación el poder punitivo del Estado. En este marco, la autora nos plantea una hipótesis distinta a estos supuestos. Y lo hace en función del *ambiente*, un bien jurídico que no termina de consolidarse en el derecho penal.

Así, la hipótesis planteada (incremento de pena privativa de la libertad como un mecanismo necesario para tutelar el bien jurídico) nos invita a *revisar* esta problemática desde una perspectiva diferente.

No es tarea sencilla abogar por un incremento de pena privativa de libertad en un escenario jurídico que no necesariamente favorece este planteamiento. De allí que la hipótesis planteada sea trascendente en alto grado, porque destaca una de las facetas que reflejan el importante y necesario papel del derecho penal en materia ambiental.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Los documentos y materiales empleados, sobre todo los relacionados al derecho ambiental, son suficientes.

Aunque existe doctrina sobre derecho penal ambiental, los estudios sobre el delito contra la vida silvestre son escasos. De allí que se ha observado un esfuerzo de la investigadora por seleccionar bibliografía pertinente.

Entre los documentos, destacan las resoluciones adoptadas por varios órganos de Naciones Unidas y otras agencias internacionales que, por su referencia específica al delito contra la vida silvestre, son absolutamente relevantes para el tema de la investigación.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada)

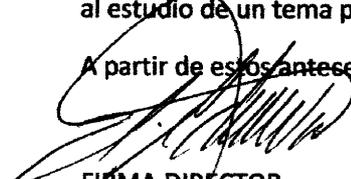
Los argumentos planteados y desarrollados son apropiados para una tesina. Aunque la investigación se concentra en el principio de proporcionalidad, también incluye ciertos temas de derecho ambiental, que son de necesaria referencia.

En la investigación destaca de la importancia de la vida silvestre en un país megadiverso. Se trata de un argumento muy importante, pues provee un criterio de realidad a la investigación: la protección penal de la vida silvestre es importante en el Ecuador porque nuestro país, junto con otros diecisiete en todo el mundo, alberga el mayor índice de biodiversidad del planeta. Lo mismo podría decirse de la perspectiva constitucional ecuatoriana sobre la materia, la cual debe reflejarse en la legislación penal.

Un tercer argumento de relevancia es que se construye en torno a la comparación con otras legislaciones y el contraste de nuestra legislación con las recomendaciones internacionales. Este argumento nos brinda un contexto que siempre es necesario cuando se analizan problemas jurídicos ambientales.

Se determina, por estas razones, que el contenido argumentativo refleja a cabalidad el problema jurídico planteado y sustenta la hipótesis de la investigación. Por lo demás, este trabajo aporta al estudio de un tema poco analizado por la doctrina nacional.

A partir de estos antecedentes, el director APRUEBA este trabajo de titulación.



FIRMA DIRECTOR

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

**"El problema de proporcionalidad de la pena en el delito que atenta
contra la fauna silvestre"**

Stephanie Guadalupe Aguirre Herrera

Dr. Hugo Echeverría
Director del Trabajo de Titulación

Dr. Ricardo Crespo
Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Xavier Andrade
Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, octubre del 2017

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: _____

Nombres y apellidos: Stephanie Guadalupe Aguirre Herrera

Código de estudiante: 00108291

Cédula de identidad: 1719811604

Lugar y fecha: 30 de octubre de 2017

Agradezco a:

A Dios, por permitir que cumpla mi anhelo de ser abogada.

A mis padres, por ser mi motor y fuente de inspiración.

A mi hermano, por ser la razón de mi vida.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza la proporcionalidad de la pena privativa de libertad establecida en el Código Orgánico Integral Penal para el delito contra la vida silvestre tipificado en el artículo 247. Este análisis determina que la pena privativa de la libertad establecida por el legislador ecuatoriano no refleja: a) la gravedad de infracción; b) la importancia constitucional del ambiente como bien jurídico protegido; y, c) los estándares internacionales (ONU y derecho comparado). En tal virtud se concluye irrefutablemente sobre la necesidad de adecuar la pena privativa de libertad aplicable a este delito a los estándares internacionales, que prevén una pena mínima de cuatro años; y, sobre todo, para que el Código Orgánico Integral Penal guarde armonía con la Constitución del Ecuador en este tema específico.

Es importante señalar que el presente trabajo de investigación analiza y gira en torno a la teoría de la pena; mas no sobre la teoría del delito. Así mismo, se examina el ambiente como un bien jurídico protegido y no como un sujeto de derechos. Este trabajo se concentra en la pena privativa de la libertad prevista para el delito contra la vida silvestre; y, propone un aumento de esta pena.

La autora conoce el debate sobre el aumento de las penas, sobre todo aquellos planteamientos relativos a su poca efectividad. Por ello, el presente trabajo aborda este problema desde una perspectiva distinta; aquella relativa a la relación de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la gravedad de la pena. En este marco, reconociendo que el principio de proporcionalidad sustenta la limitación del rol punitivo del Estado, ello no obsta la revisión de aquellas penas que, por su levedad, no cumplen su finalidad frente a infracciones que atentan, de forma grave, contra bienes jurídico constitucionalmente protegidos.

ABSTRACT

The present research work analyzes the lack of proportionality of the penalty established in the Integrated Code of Criminal Procedure for the crime against wildlife typified in article 247. This analysis leads to the conclusion that the penalty established by the Ecuadorian legislator does not reflect: a) the seriousness of the infraction; B) constitutional standard of the environment as a protected legal right; And, c) international standards (UN and comparative law). The analysis irrefutably concludes on the need to reform the article so that it can comply with international standards, which establish a minimum of four years, and above all, for the Code of Criminal Procedure to keep harmony with the Constitution of Ecuador with this specific topic.

It is important to emphasize that the present research work analyzes and revolves around the theory of punishment but not on the theory of crime. It also addresses the environment as a good legal protected but not from the perspective of the rights of nature. This research work concentrates on the penalty of privation of liberty foreseen for the crime against wildlife; and proposes and increases of this penalty.

The author is aware of the debate about the increase of the penalties, especially about those related on the lack of effectiveness. Therefore, the present work addresses this problem from the perspective of the relation of proportionality between the gravity of the infraction and the gravity of the penalty. In this context, recognizing that the principle of proportionality supports the limitation of the punitive role of the state, this doesn't prevent the review of those penalties that, because of their lightness, do not serve their purpose in the face of infractions that seriously undermine legal goods constitutionally protected.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|-----------|
| RESUMEN | 5 |
| ABSTRACT | 6 |
| Introducción..... | 9 |
| CAPÍTULO I: Régimen punitivo del delito contra la fauna silvestre en el Ecuador | 11 |
| 1.1 Etimología Ambiental | 11 |
| 1.2 Importancia del derecho penal en materia ambiental | 12 |
| 1.2.1 Teorías sobre los fines de la pena | 15 |
| 1.2.2 Necesidad del derecho penal en materia ambiental | 16 |
| 1.3 Necesidad del derecho penal en la protección de la vida silvestre | 19 |
| 1.3.1 Antecedentes ambientales del Ecuador | 19 |
| 1.4 Reforma penal del año 2000: artículo 437F | 21 |
| 1.5 Código Orgánico Integral Penal: artículo 247 | 22 |
| 1.6 El principio de proporcionalidad | 24 |
| 1.6.1 Test de Proporcionalidad | 27 |
| 1.6.1.1 Idoneidad | 27 |
| 1.6.1.2 Necesidad..... | 32 |
| 1.6.1.3 Proporcionalidad en sentido estricto..... | 33 |
| 1.7 El principio de progresividad | 34 |
| 1.7.1 <i>Test de progresividad</i> | 38 |
| 1.8 La Constitución de la República del Ecuador y la regresividad del COIP frente a la pena establecida para el delito contra la vida silvestre. | 40 |
| Capítulo II: Importancia del delito contra la vida silvestre y el estándar punitivo internacional | 45 |
| 2.1 El tráfico de vida silvestre y su contraste con otros delitos de tráfico..... | 45 |

| | |
|--|-----------|
| El tráfico de animales de vida silvestre se lo entiende como una actividad ilícita y lamentablemente debido a la alta demanda que existe en otros países de fauna silvestre, la misma es muy lucrativa. Sin embargo, esta actividad ilícita la cual constituye un delito, es de mayor ocurrencia en países mega diversos como el Ecuador, que cuenta con una fauna y flora silvestre muy rica. Es por esto que en nuestro país el riesgo es alto y esto ocasiona que varias especies se encuentren en peligro de extinción, como es el caso del cóndor andino, que se encuentra en peligro crítico de extinción, según la categorización de la UICN..... | 45 |
| 2.2 Contraste del delito que atenta a la vida silvestre con otros delitos | 46 |
| 2.3 Estándar internacional | 49 |
| 2.3.1 Los tratados internacionales y su jerarquía suprallegal | 51 |
| Capítulo III: Necesidad de reformar el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal..... | 54 |
| 3.1 Derecho comparado | 54 |
| 3.2 Propuesta de reforma legal | 58 |
| 3.2.1 Justificación para el incremento de la pena privativa de la libertad de 2 a 5 años. | 59 |
| Conclusiones | 62 |
| Bibliografía..... | 64 |

Introducción

El medio ambiente es un tema que nos concierne a todos. Esta parece ser una idea tan generalizada y abstracta, pero no puede ser más cierta y urgente: todo daño que sufre la naturaleza nos afecta, puesto que crea un desequilibrio en el ecosistema que, a largo plazo, trae serias y graves consecuencias como es el deterioro de la capa de ozono, la extinción de especies de fauna y flora silvestre, nuevas enfermedades, escasez de agua, cambio climático, etc.

Los daños ambientales no afectan a un solo Estado o a una persona en particular, sino que nos afecta a todos, por lo que este problema nos concierne a todos y es responsabilidad de todos encontrar una solución en *pro* de la protección del ambiente.

Cabe mencionar, que las afectaciones ambientales son en gran medida, de origen antrópico. De allí que el Derecho prevea medidas para evitar y reparar el daño ambiental. En el ámbito sancionador, el Derecho también prevé medidas administrativas y hasta medidas penales para sancionar infracciones ambientales.

Se evidencia claramente que la problemática ambiental es de índole jurídica; por lo tanto, la solución viable implica la expedición de normas de tutela del ambiente como un bien jurídico protegido, incluyendo aquellas de contenido penal.

Las consecuencias penales derivadas de un atentado contra el ambiente constituyen una temática que, siendo actual, no ha adquirido la importancia que debería tener en la legislación ecuatoriana. El cuidado del medio ambiente ha sido un tema que se ha tomado en cuenta recientemente, ya que se ha ido tomando conciencia de que el medio ambiente comprende todas las formas de vida y que sin él no podríamos sobrevivir: el medio ambiente puede existir sin el ser humano, pero el ser humano no puede existir sin el medio ambiente y aquí radica la importancia de su protección y conservación.

Esta conciencia ecológica lamentablemente emerge cuando la sociedad se percata que la explotación de los recursos naturales ha llegado al límite. Sin embargo, se ha dicho mucho, pero se ha hecho poco. Si bien existe una mayor conciencia sobre el cuidado del medio ambiente, siguen existiendo conductas atentatorias al ambiente.

El presente trabajo de investigación se divide en tres capítulos. El primer capítulo trata principios, conceptos y nociones básicas de Derecho Penal Ambiental, lo cual permite al lector situarse en la actualidad del Derecho Penal Ambiental en el Ecuador.

El segundo capítulo se refiere al ámbito internacional del Derecho Penal Ambiental y hace notar cómo el Ecuador no cumple con los estándares internacionales aplicables a esta temática. A partir de este antecedente, en este capítulo se examina la relación entre la infracción y la pena privativa de libertad prevista para el delito contra la vida silvestre. Este examen se realiza desde una perspectiva constitucional, para evidenciar la falta de proporcionalidad de la pena frente a la gravedad de la infracción. Cabe anotar que, dentro del esquema punitivo ecuatoriano, este trabajo se concentra únicamente en la pena privativa de la libertad prevista para el delito contra la vida silvestre. Esto, ya que esta pena provee elementos jurídicos importantes para analizar el problema de la proporcionalidad de la sanción prevista para la infracción a las normas de protección de un bien jurídico constitucionalmente establecido.

En el tercer capítulo, se analiza la necesidad de reformar el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal y adaptar los estándares internacionales y la lógica de la Constitución a la sanción de los delitos que atentan contra los animales silvestres, para que así sea proporcional la pena privativa de la libertad al delito cometido; y, solo de esta forma, el derecho penal cumpla su finalidad.

CAPÍTULO I: Régimen punitivo del delito contra la fauna silvestre en el Ecuador

1.1 Etimología Ambiental

Previo al análisis de la norma penal, que tiene como objetivo principal sancionar el delito contra la fauna silvestre, es necesario indicar la etimología ambiental y jurídica utilizada para comprender de una mejor manera los términos y conceptos empleados.

Resulta indispensable definir al Derecho Ambiental, el mismo que se entiende como un conjunto de normas y principios que regulan el actuar de las personas en relación con el entorno, puesto que el objetivo del Derecho Ambiental es la protección jurídica del medio ambiente, teniendo como base al desarrollo sostenible; el mismo que se define por la ex-primera ministra de Noruega Gro Harlem Brundtland como “aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones”¹.

La autora Silvia Jaquenod define este término de una manera más adecuada y técnica:

El derecho ambiental es definido como la disciplina jurídica que investiga, estudia y analiza las diferentes relaciones entre los bienes naturales y la actividad antrópica, orientando la regulación jurídica de las conductas y actitudes humanas respecto al uso, explotación y aprovechamiento de recursos naturales, conservación de la naturaleza y protección del ambiente.²

Por su parte, el Derecho Penal Ambiental es el conjunto de normas que tipifican determinadas conductas ilícitas como delitos ya que atentan contra el ambiente y las

¹ *Informe Bruntland*. Nueva York: ONU, 1987.

² Silvia Jaquenod de Zsögön. *Iniciación al Derecho Ambiental*. Madrid: Dykinson, 1996, pp. 221-222.

sanciona. La autora Sandra Casabene de Luna define al Derecho Penal Ambiental como:

El derecho ambiental es derecho público, ya que afecta o interesa vitalmente a la sociedad humana, o sea a todos los individuos, sean o no conscientes de ello.

Es un derecho de naturaleza penal, en el sentido de que todo acto que afecte negativamente la biosfera es un acto que vulnera un bien jurídico que reclama ser prioritariamente tutelado, ya que es patrimonio común de la humanidad. Es el bien jurídico por excelencia, ya que es la condición previa de todos los demás, es el soporte de la vida humana y de la vida a secas.³

Por cuanto este trabajo de investigación se concentra en la problemática penal de la fauna silvestre, es necesario anotar su definición jurídica. Así, se entiende por fauna silvestre según la Ley Forestal y de Conservación de áreas Naturales y Vida Silvestre a:

- 1.- Los animales silvestres, sin distinción de clases o categorías zoológicas, que viven en forma permanente o temporal en los ecosistemas acuático, terrestre y atmosférico; y,
- 2.- Las especies domésticas que, por disposición del Ministerio del ramo, deban ser manejadas como silvestres para evitar su extinción, o con fines de control.⁴

1.2 Importancia del derecho penal en materia ambiental

Debido a la gran importancia que ha adquirido el medio ambiente a nivel global, por la concientización ambiental que ha tomado fuerza en los últimos años, los Estados se han visto en la obligación de establecer políticas que se enfocan en la protección y conservación del medio ambiente.

En la Constitución de la República del Ecuador se establece el deber de protección y conservación, por parte del Estado y de los ciudadanos, respectivamente⁵.

La Constitución vigente otorga gran importancia al medio ambiente.. En tal

³ Sandra Elizabeth Casabene de Luna. *Nociones fundamentales sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 356.

⁴ Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre. Artículo 107. Registro Oficial Suplemento No. 418 de 10 de septiembre de 2004.

⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3 numeral 7 y artículo 83 numeral 6 y 13. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

sentido, la norma suprema establece derechos y deberes, así como principios y reglas ambientales que rigen (o deberían regir) nuestro ordenamiento jurídico secundario. Entre estos artículos, se encuentran los siguientes⁶:

| |
|--|
| Art. 1. Los recursos naturales pertenecen al Patrimonio del Estado. |
| Art. 3. El estado garantiza el derecho al agua. |
| Art.10 Derechos de los pueblos y comunidades respecto del medio ambiente. |
| Art. 12. Derecho al agua. |
| Art. 14. Derecho de la población a vivir en un ambiente sano. |
| Art. 15. Promoción de tecnologías limpias |
| Art. 57. Reconoce el uso de recursos naturales a pueblos y comunidades; consulta de planes respecto de recursos. |
| Art. 66. Derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. |
| Art. 71/2. Derechos de la naturaleza. |
| Art. 313. Influencia ambiental en el sector estratégico. |
| Art. 315. Sector estratégico para la creación de empresas públicas. |
| Art. 389. Protección de condiciones ambientales frente a desastres. |
| Art. 395. Conservación de la biodiversidad. |
| Art. 396. Políticas que evitan el impacto ambiental. Las acciones legales son imprescriptibles. |
| Art. 397. El estado subsidiará daños ambientales. La carga probatoria recaerá sobre el demandado. |
| Art. 398. Consulta previa para decisiones que afectan al ambiente. |
| Art. 399. Tutela ambiental del estado y del pueblo. |
| Art. 400. Protección de la biodiversidad y productos transgénicos. |
| Art. 405. Áreas naturales protegidas. |

Por tal razón, es lógico llegar a la conclusión que la protección penal es necesaria por la importancia del bien jurídico protegido, más aún cuando la norma suprema reconoce expresamente la importancia que tiene el medio ambiente, ya que se declara de interés público la preservación del mismo, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Frente a la afirmación sostenida anteriormente, referente a la importancia de la existencia de normativa penal en materia ambiental, Donna considera que:

⁶ Hugo Echeverría. *Manual sobre derecho penal ambiental ecuatoriano*. Quito: Fiscalía General del Estado- Sea Shepherd Conservation Society, 2015, p. 40-41

Se debe proteger el medio ambiente y que ese cuidado debería tener la ayuda de la coacción jurídica. La intervención del Derecho se justifica habida cuenta de que la destrucción del ambiente como medio del crecimiento económico lleva necesariamente un equilibrio, ya que, de lo contrario, existe un serio riesgo para la subsistencia del hombre.⁷

Concuerdo de sobremanera con Hugo Echeverría, especialista en Derecho Penal Ambiental, al afirmar que la tipificación de los delitos ambientales se fundamenta en pautas constitucionales, que la Constitución ecuatoriana prevé desde 1983⁸. Desde la reforma constitucional de 1983, se reconoce en el Ecuador por primera vez derechos ambientales propiamente dichos de la siguiente manera:

Artículo 19 numeral 2:

Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado garantiza: 2. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La Ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.⁹

Con la codificación de la Constitución de 1996, se establece mediante mandato para el legislativo, la tipificación de delitos ambientales, lo cual en efecto ocurrió con la reforma al Código Penal en el año 2000:

Artículo. 46.- La Ley tipificará las infracciones y regulará los procedimientos para establecer las responsabilidades administrativas, civiles y penales, que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente.¹⁰

⁷ Edgardo Alberto Doona. Daño ambiental. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p.317.

⁸ Hugo Echeverría. Manual sobre derecho... *Óp. cit.*, p. 39.

⁹ Reformas a la Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 19 numeral 2. Registro Oficial No. 569 de 09 de enero de 1983

¹⁰ Constitución Política de la República del Ecuador, Codificación 1996. Artículo 46. Registro Oficial No. 969 de 18 de Junio de 1996.

El derecho penal según Ferrajoli “es una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación. Esta técnica, sea cual sea el modelo normativo y epistemológico que la informa, se manifiesta en restricciones y constricciones sobre las personas” razón por la cual resulta indispensable analizar la importancia y fin de la pena¹¹.

1.2.1 Teorías sobre los fines de la pena

Para efectos específicos de este trabajo, es necesaria una referencia general acerca de los fines de la pena. En este marco, es importante destacar desde el inicio que, por su finalidad, las normas penales cumplen un objetivo que las distingue de otras disciplinas jurídicas:

La teoría de los fines de la pena ha girado siempre, básicamente en torno a dos concepciones clásicas que se contraponen en sí: <<teorías absolutas>> o <<teorías relativas>>, según se fundamenten en criterios éticos, las primeras, o utilitarias las segundas, y que responden a una forma estática (teorías absolutas) o dinámica (teorías relativas) de enfocar la cuestión de la pena.¹²

Para la teoría absoluta, la pena es un castigo y se la impone en la misma medida que el mal causado; para esta teoría la pena es entendida como un imperativo categórico que deriva de la realización de un hecho culpable. La teoría absoluta afirma que es una exigencia absoluta de justicia que el mal causado no quede sin castigo, y este se lo impone porque se ha delinquido (*punitur quia peccatum est*) de modo que el culpable encuentre en la pena su merecido¹³.

Para la teoría relativa, la pena busca utilidades sociales o individuales, la justificación de imponer una sanción está amparada por la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos, mediante la intimidación que es conocida como prevención general negativa, o a través del fortalecimiento de la fidelidad al ordenamiento jurídico que se la conoce como prevención general positiva. En esta teoría se pueden identificar

¹¹ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*. Madrid: editorial Trotta, 2005, p. 209.

¹² Abraham Castro Moreno. *El Por qué y el para qué de las penas*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 11.

¹³ Heiko H. Lesch. *La función de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 39-41.

dos fines de la pena: el primero es de carácter intimidante que se sustenta en el miedo a soportar el mal que supone la pena, y el segundo, es de carácter ejemplarizante; que consiste en que la pena no busca dar su merecido al culpable sino de evitar la comisión de nuevos delitos.

Cesare Bonesana, más conocido por el título nobiliario que detentaba, de Marqués de Beccaria, cuya obra *Sobre los delitos y las penas* ha sido calificada de <<Evangelio de los reformadores>>, afirmaba que el fin de las penas no era atormentar ni afligir a las personas, sino impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás a la comisión de otros iguales. En cuanto al método para lograr tal meta, decía:<<¿Queréis evitar los delitos?>> (...) Haced que los hombres los teman, y no teman más que ellos. El temor a las leyes es saludable (...)>>.¹⁴

En materia ambiental, esta finalidad se traduce en la integración del ambiente como un bien jurídico protegido, puesto que antes de que el Derecho Penal regule las interacciones antijurídicas que tenía el ser humano con el ambiente, se tenía la idea de que los recursos naturales eran infinitos y que estaban a la disposición absoluta del ser humano. Como consecuencia, se produjo un deterioro alarmante del ambiente, reflejado en: extinción de especies silvestres, tanto de fauna como de flora; contaminación ambiental, deterioro de la atmósfera, así como de ecosistemas, entre muchísimas otras consecuencias que no solo afectaron al medio ambiente, sino también que pusieron en riesgo la vida de las personas.

Si bien estos problemas persisten, se están afrontando desde hace cuatro décadas por medio de los programas de la ONU, la adopción de instrumentos internacionales especializados, la participación de la sociedad civil; y, particularmente, la adopción de normas jurídicas nacionales, cuyo objeto es la protección del medio ambiente. En este contexto va emergiendo la necesaria intervención del derecho penal en materia ambiental.

1.2.2 Necesidad del derecho penal en materia ambiental

El derecho penal se ha integrado recientemente al ordenamiento jurídico ambiental. Esto ha causado un gran debate, tanto en el ámbito penal cuanto en el ámbito ambiental.

¹⁴ *Id.*, p. 39.

El debate se ha centrado en la necesidad de su intervención; y, también en la efectividad o ineffectividad de la pena frente a la infracción ambiental. Si bien el debate no se ha agotado, los ordenamientos jurídicos ambientales siguen integrando el derecho penal al ámbito de la protección ambiental. Conforme se anotará más adelante, en el caso específico de la protección de la vida silvestre, tal integración ha sido planteada incluso por la Asamblea General de Naciones Unidas. Pero, ¿por qué es necesario el derecho penal en materia ambiental? Gustavo Eduardo Aboso afirma que:

En un primer momento se pensó que la regulación administrativa o contravencional de los atentados contra el medio ambiente era la mejor propuesta para combatir los daños ambientales. Al poco tiempo esta propuesta se reveló insuficiente y los cambios tecnológicos desarrollados a lo largo del último siglo y principios de éste han demostrado de manera contundente que la capacidad destructora del hombre no tiene límites seguros ni previsibles, y que la existencia humana en este planeta se encuentra en jaque si no logramos evitar, por todos los medios legales disponibles, el deterioro del ecosistema global.¹⁵

Es alarmante la cantidad de casos ocurridos en el territorio ecuatoriano, los cuales muestran la suma urgencia de aplicar todos los medios jurídicos disponibles para intentar detener la extinción de especies silvestres y por ende el deterioro del ecosistema. De no hacerlo, los seres humanos seremos los únicos que suframos las consecuencias de nuestras propias acciones y omisiones. Entre los casos más recientes se encuentran los siguientes:

1.- El anfibio, bautizado como *Hyalinobatrachium yaku* fue descubierto recientemente en el Ecuador en la estación Timburi- Cocha en la provincia de Orellana, se trata de una especie única de rana de cristal, puesto que se le puede ver los órganos como el corazón a través de la piel. Ante esta noticia, los biólogos alertan que la nueva especie ya está en peligro de extinción, debido a la explotación petrolera en su hábitat.¹⁶

2.- En abril del 2017, fueron encontradas 29 tortugas de Galápagos al norte del Perú con rumbo a Europa, cabe mencionar que las tortugas Galápagos son una especie endémica que se encuentra en peligro de extinción. Estos majestuosos ejemplares

¹⁵ Gustavo Eduardo Aboso. *Derecho Penal Ambiental*. Montevideo: Bdef, 2016, p. 2.

¹⁶ El Telégrafo. *La rana de cristal, una nueva especie hallada en Ecuador*. <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/4/la-rana-de-cristal-una-nueva-especie-hallada-en-ecuador> (acceso: 30/05 /17).

fueron encontrados en una caja, envueltos con cinta adhesiva. Debido a las terribles condiciones que se encontraban las tortugas, dos de ellas murieron en este trayecto¹⁷.

En el caso ecuatoriano se refleja este planteamiento doctrinario: históricamente, la legislación ambiental ecuatoriana previó sanciones administrativas para las infracciones ambientales.. No obstante, en el año 2000 se reformó el Código Penal para tipificar como delitos ambientales algunas de las conductas históricamente tipificadas como infracciones administrativas, incluyendo los atentados contra la fauna silvestre.

El Derecho Penal dispone de mecanismos únicos, que podría cumplir de mejor manera con la finalidad preventiva y disuasiva, ya que, por medio de la pena, se genera una verdadera advertencia a la sociedad, puesto que uno de los bienes más preciados, la libertad, puede ser privada como consecuencia de la infracción.

Es por eso que Castro Moreno señala que las penas se imponen por dos razones: “La primera, para que reciban escarmiento de los delitos cometidos. La segunda, para que todos los que oyeron o vieron tomen ejemplo o apercibimiento para guardarse de no delinquir por miedo a las penas”¹⁸.

En la actualidad la problemática ambiental persiste, pero existe una mayor conciencia ecológica y el deber del Estado de proteger al medio ambiente con legislación ambiental efectiva, justamente para que no se presenten consecuencias y efectos negativos, producto de una carencia de ley sancionatoria efectiva.

Varios autores como Séneca sostienen que: “La pena, no se impone por odio al sujeto ni para gozar con la misma, sino porque: <<debe ser corregido quien yerra (...) y debe hacerse mejor tanto para sí como para los demás>>”¹⁹. Siguiendo la misma línea, para Cordobés, “la pena no busca dañar sino, bajo la apariencia de hacer un daño, curar,

¹⁷ Ana Gamero. *Peru Rescues Galapagos Tortoises From Traffickers*. <http://www.peruthisweek.com/news-peruvian-rescues-galapagos-tortoises-from-traffickers-111575>. (acceso: 21/05/17).

¹⁸ Abraham Castro Moreno. *El Por qué y el para qué... Óp. cit.*, p. 39.

¹⁹ *Id.*, p. 21.

endereizando la naturaleza depravada de los hombres a los que se persuade, a través de la pena, para que anhelan lo honesto y lo justo y odien los vicios.”²⁰

Es innegable que el medio ambiente es el centro de toda forma de vida y su desarrollo depende del estado en el que se encuentre el medio ambiente, es por esto que la regulación penal en Derecho Ambiental es tan importante.

1.3 Necesidad del derecho penal en la protección de la vida silvestre

1.3.1 Antecedentes ambientales del Ecuador

Por su ubicación geográfica, el Ecuador es un país megadiverso y es reconocido a nivel mundial por su gran biodiversidad, que comprende tanto plantas como animales que son únicos en el mundo. En esta tabla, se indica la cantidad de especies registradas en el Ecuador.²¹

Tabla : Megadiversidad en el Ecuador

| Especie | Ecuador | Por kilómetro cuadrado en Ecuador |
|--------------------|---------------------------------------|--|
| Plantas vasculares | 17.058 especies registradas 71, 8% | 0,21 |
| Mamíferos | 324 especies registradas 12,15% | 0,0027 |
| Aves | 1.559 especies registradas. 58,5% | 0,0129 |
| Anfibios | 402 especies registradas 15,07% | 0,0033 |
| Reptiles | 381 especies registradas 14,29% | 0,0032 |

Fuente: Missouri Botanical Garden.

Vemos que en el Ecuador existen más de 17.000 especies de plantas vasculares. De las cuales 15.000 son nativas, esto según lo señala el Cuarto Informe Nacional para el

²⁰ *Ibid.*

²¹ Missouri Botanical Garden. *Catálogo de plantas Vasculares en Ecuador*. <http://www.mobot.org/MOBOT/research/ecuador/resultssp.shtml>. (acceso 05/01/2017).

Convenio sobre la Diversidad Biológica. Por ello representan el 71% de las especies vegetales. En cuanto a la distribución por kilómetro cuadrado debemos considerar que la amazonia ecuatoriana cuenta con 120.000 kilómetro cuadrados, por ello hay 0,21 especies por kilómetro cuadrado.

En cuanto a los porcentajes de especies registradas para mamíferos, aves, anfibios y reptiles, existe un total de 2.666 especies registradas. Para ello he realizado una comparación con este 100%; del cual se desprende que en Ecuador un 12% son mamíferos, los cuales ocupan unas 0,0027 especies por kilómetro cuadrado; un 58% son aves, que ocupan 0,0129 por kilómetro cuadrado; el 15% son anfibios, ocupando 0,0033 especies por kilómetro cuadrado; y un 14% corresponden a los reptiles, que ocupan 0,0032 por kilómetro cuadrado²².

El Ecuador es el hábitat de muchas de especies de las diferentes familias de animales, muchas de estas son endémicas. Por esta razón que es uno de los diecisiete países mega diversos del mundo. Pero también, gracias a su rica variedad de especies es uno de los principales destinos para los traficantes de animales de vida silvestre.

Se conoce que algunas especies están en peligro de extinción. Existen varias razones, entre las que se incluyen la cacería y el tráfico de animales silvestres. Según el Ministerio del Ambiente “en total 1252 especies de vertebrados se encuentra dentro de alguna categoría de amenaza, de los cuales 217 especies son mamíferos, 238 especies son aves, 276 especies son reptiles y 521 especies son anfibios”.²³

El Estado ecuatoriano tiene un plan de acción y también cuenta con estrategias nacionales para la conservación de especies en peligro de extinción. Por cuanto el Derecho Penal ha emergido sólo recientemente en esta materia, el plan de acción y las estrategias no han integrado en su totalidad al Derecho Penal Ambiental. Esto, no obstante, está cambiando con la incipiente aplicación de la ley penal para sancionar actos atentatorios contra la fauna silvestre.

²² Biodiversidad en el Ecuador <http://www.biocomercioecuador.ec/biocomercio-en-el-ecuador/biodiversidad-en-el-ecuador> Acceso (05/01/2017).

²³ Ministerio del Medio Ambiente. *Protege Ecuador*. <http://www.ambiente.gob.ec/11699/> (acceso: 17/01/17).

1.4 Reforma penal del año 2000: artículo 437F

En enero del año 2000 se agregó al Código Penal Ecuatoriano el capítulo X-A correspondiente a los delitos contra el medio ambiente. En este capítulo, agregado por la Ley No. 49, publicada en Registro Oficial 2 de 25 de enero del 2000, se añadió al artículo 437-F lo siguiente:

Art. 437-F.- El que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas, contraviniendo las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, será reprimido con prisión de uno a tres años.

La pena será de prisión de *dos a cuatro años* cuando (la cursiva es mía):

- a) El hecho se cometa en período de producción de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies;
- b) El hecho se cometa contra especies en peligro de extinción; o,
- c) El hecho se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas.²⁴

Esta ley se promulgó por la disposición contenida en la Constitución de la República del Ecuador del año de 1998 en el artículo 87 la misma que disponía lo siguiente:

Artículo 87.- La ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente.²⁵

En virtud de esta disposición constitucional se tipificaron delitos ambientales, incluyendo el delito contra la vida silvestre. En tal virtud, el derecho penal consolidó el marco normativo aplicable a la vida silvestre, cuya conservación, protección y administración la ejerce el Estado a través de la autoridad ambiental nacional; y cuyo manejo requiere de autorización previo el cumplimiento de requisitos previstos en la legislación nacional e instrumentos internacionales. En este sentido, cabe mencionar que el Ecuador fue uno de los primeros países en ratificar la Convención sobre el

²⁴ Código Penal Ecuatoriano. Artículo 437-F. Registro Oficial No. 2 de 25 de enero de 2000. La cursiva es mía.

²⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 87. Registro Oficial No.1 De 11 de agosto de 1998.

Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), que tiene como propósito la protección y conservación de la flora y fauna silvestre de todos los países miembros. Actualmente, este tratado internacional abarca a más de 30.000 especies, que están listadas en los apéndices del convenio²⁶.

1.5 Código Orgánico Integral Penal: artículo 247

Desde el año 2014, el Código Orgánico Integral Penal ha entrado en vigencia, y en este cuerpo legal se tipifica el delito contra la vida silvestre de la siguiente manera:

Artículo 247.- Delitos contra la flora y fauna silvestres. -

La persona que cace, pesque, capture, recolecte, extraiga, tenga, transporte, trafique, se beneficie, permute o comercialice, especímenes o sus partes, sus elementos constitutivos, productos y derivados, de flora o fauna silvestre terrestre, marina o acuática, de especies amenazadas, en peligro de extinción y migratorias, listadas a nivel nacional por la Autoridad Ambiental Nacional así como instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de *uno a tres años* (la cursiva es mía).

Se aplicará el máximo de la pena prevista si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. El hecho se cometa en período o zona de producción de semilla o de reproducción o de incubación, anidación, parto, crianza o crecimiento de las especies.
2. El hecho se realice dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

Se exceptúan de la presente disposición, únicamente la cacería, la pesca o captura por subsistencia, las prácticas de medicina tradicional, así como el uso y consumo doméstico de la madera realizada por las comunidades en sus territorios, cuyos fines no sean comerciales ni de lucro, los cuales deberán ser coordinados con la Autoridad Ambiental Nacional.²⁷

En comparación con el Código Penal anterior encontramos que en el COIP se incorporan nuevas conductas antijurídicas tales como la pesca, tenencia, transporte y el tráfico propiamente dicho. El COIP también incluyó la descripción de qué puede ser un espécimen o sus partes.

²⁶ Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora. <https://www.cites.org> (acceso: 17/01/17)

²⁷ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 247. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Estos dos aspectos se los puede considerar un cambio positivo. Si bien la pesca podría incluirse en extracción que sí tipificó la ley anterior, la mera tenencia, el transporte y el tráfico de fauna son conductas de tipificación específica. De igual manera, la determinación de la conducta en cuanto al animal o sus partes es sumamente importante, ya que muchos animales son altamente buscados por poseer ciertos atributos, un ejemplo de esto es el tiburón, que sus aletas son la razón de su cacería, captura y mutilación.

Pero el retroceso en este artículo es notorio en cuanto a la pena; y, específicamente, en cuanto a la pena privativa de la libertad ya que en el COIP se reduce la pena, es decir ahora el máximo de la pena es de tres años; y no de cuatro años como previó el Código Penal. Además, esta pena máxima se aplica únicamente cuando el hecho ocurre dentro de un área natural protegida o cuando el espécimen se encuentre en período de nacimiento, crecimiento o reproducción concurren dos circunstancias. Este planteamiento legislativo significa que la pena máxima aplicable a este delito, cuando no concorra ninguna de estas dos circunstancias, sería de dos años de prisión. A esto se suma el hecho de que el COIP aplica únicamente si la especie está amenazada de extinción. Si las especies no están amenazadas, la conducta antijurídica no será penalmente relevante. De allí que en un reciente caso flagrante de captura de venados de cola blanca, ocurrido dentro del Parque Nacional Cotopaxi, la acción penal no procedió ya que los venados no están amenazados de extinción²⁸.

Este marco normativo, expedido en virtud de la Constitución de la República del Ecuador que otorga gran importancia al medio ambiente, contrasta con el derogado Código Penal, que preveía una pena privativa de libertad de hasta cuatro años.

Heiko H. Lesh afirma que, si la sociedad está aún vacilante, se debe estatuir un ejemplo mediante la pena, pues la pena misma es un *ejemplo* contra el *ejemplo* del delito²⁹. Puedo decir que, si bien la legislación penal es la que se encuentra ‘vacilante’, la Constitución de la República del Ecuador es muy clara al configurar el ambiente como un bien jurídico protegido; el establecimiento del deber estatal de protección

²⁸ <https://lahora.com.ec/noticia/1101971009/noticia>

²⁹ Heiko H. Lesch. *La función de la pena. Óp. cit.*, pp. 37-38.

ambiental; y, el modelo de desarrollo sustentable, que garantice la conservación de la biodiversidad. La Constitución incluso prevé la adopción de medidas de precaución y restricción para actividades que puedan conducir a la extinción de especies. Por estas consideraciones, el COIP debió guardar coherencia con lo que establece la Constitución del Ecuador.

Continúa Heiko afirmando que las penas duras son pues, no son por sí injustas, sino que están en relación con la situación de cada época. Según la ONU, el tráfico de vida silvestre ha aumentado a nivel mundial, lo cual ha significado que su Asamblea General reconozca la necesidad de integrar el Derecho Penal en esta materia. En nuestro país ocurre algo similar, con casos cada vez más frecuentes, ocurridos en todas las regiones naturales y que han afectado a una diversidad de animales silvestres amenazados de extinción: tiburones, tortugas, iguanas, cóndores, pecaríes, jaguares, monos, caimanes³⁰.

La situación actual en el Ecuador requiere una revisión y una reforma a la sanción establecida en el artículo 247 del COIP. Así mismo, basándome en lo que dice el gran Montesquieu, que toda pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica, añado que además debe existir proporcionalidad entre los delitos y las penas, pues deben ser más fuertes los motivos que retraigan a los hombres de cometer los delitos que los beneficios que puedan llegar a obtener en el caso de cometer el ilícito.³¹

A partir de estas consideraciones, se plantea la revisión de la pena privativa de la libertad aplicable a este delito, desde una perspectiva fundamentada en la disposición constitucional establecida en el artículo 76 numeral 6to, en lo referente a que la pena debe reflejar la gravedad del daño causado al bien jurídico.

1.6 El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es uno de los ejes del Derecho Penal en cuanto a la determinación de las penas. Según Manuel Enrique Pacheco, este principio se aplica para graduar las penas. El mismo autor añade que este principio en un sistema

³⁰ World Wildlife Fund. <http://www.wwf.org.ec/?referer=wwforg> (acceso: 25/08/17)

³¹ Cesar Bonesana. *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta, 1999, p. 68.

democrático, debe apoyarse sobre la base del principio de igualdad, limitando la intervención del Estado para tipificar delitos y penas, con la finalidad de proteger intereses directos e indirectos de los ciudadanos o en el papel de prevención sobre posibles daños a los mismos.³²

Es interesante el origen de este principio, puesto que se estableció bajo la idea de limitar la potestad sancionadora; el *ius puniendi* del Estado. Por ende, este principio garantizaba a los gobernados que el Estado no impondría sanciones exageradas que, por desproporcionales, vulneraran sus derechos.

Aceptando la función primaria de este principio, para el caso en el que se centra este trabajo de investigación, es necesario examinarlo desde una perspectiva distinta, pero igualmente relevante: ¿qué ocurre cuando la pena es desproporcionada, debido a su levedad? Una pena reducida ¿garantizará la protección eficiente del ambiente como bien jurídico?

Santiago Mir Puig plantea la idea de que no se debe admitir penas exageradas o irracionales, al contrario, afirma que hay que respetar dos exigencias: 1.- La pena debe ser proporcional al delito; es decir no ser exagerada y 2.- La proporcionalidad se medirá con base a la importancia social del hecho.³³

Para Roxin, la defensa del ordenamiento jurídico se refiere al *quántum mínimo* de la pena, por debajo del cual la sociedad quedaría insatisfecha por lo reducido de la pena, que resultaría incomprensible para el sentimiento jurídico general, de modo que ésta dejaría ya de cumplir un efecto integrador o pacificador del conflicto originado, al contrario, generaría una desconfianza de los ciudadanos en la vigencia del ordenamiento, que se vería burlado con la imposición de una pena excesivamente reducida.³⁴

Teniendo en cuenta que cada Estado legisla según su realidad social; y considerando que la realidad social se refleja en las disposiciones constitucionales que,

³² Mauricio Enrique Pacheco. *Fundamentos del derecho penal en el Ecuador*. Quito: El Fórum, 2015.

³³ Santiago Mir Puig. *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Tirant Lo Blanch, 1998, p. 100.

³⁴ Claus Roxin. *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, p. 48.

en nuestro caso se refieren expresamente a la protección de la vida silvestre, no hay discusión que los actos que atentan contra la fauna silvestre se consideran lesivos; y es por esto que están tutelados por el derecho penal que se considera de *última ratio*.

Ahora bien, no es suficiente que el legislador tipifique delitos ambientales, sino que prevea las condiciones para una efectiva protección del bien jurídico. De allí que sea importante que los delitos ambientales sean sancionados de manera proporcional con el impacto social que acarrearán. Es decir, tiene que haber correspondencia con la afectación ambiental que genera; tiene que haber armonía con los fines y principios que fundamentan de la tipificación del delito y de la imposición de la pena.

Alexy sugiere que se dividan en tres grados la categorización de la pena: leve, medio o grave. Este concepto expresa la dicotomía entre los derechos de defensa y los derechos de protección³⁵. Resulta muy útil esta sugerencia, puesto que cuando se trate de un derecho fundamental que requiera de protección legislativa, se lo considerará como un derecho a defender que trae como consecuencia la intervención penal.

Así pues, mientras más grave la infracción, mayor será la sanción que se aplicará en caso de transgredirlo. Para el delito tipificado en el artículo 247 del COIP, se contempla una sanción leve ya que la misma establece un máximo de 3 años solo cuando se cumplan los dos supuestos que contempla el código, en el resto de casos será la pena máxima de 2 años. Esto lleva a pensar en la incongruencia entre la protección que exige la Constitución ecuatoriana y la sanción que establece el COIP. Mientras la Constitución exige una mayor protección al bien jurídico, el COIP sanciona el delito con una pena leve; incluso menor a la prevista por el Código Penal reformado a la luz de la Constitución Política del Ecuador de 1998

El profesor Santiago Mir sostiene que “el principio de proporcionalidad introduce en el juicio de constitucionalidad muchos de los límites sustantivos que de tiempo atrás

³⁵ Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

la doctrina penal ha postulado como condiciones de legitimidad del ejercicio del poder punitivo”³⁶

El mismo autor afirma que la medida enjuiciada podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa.³⁷

El principio de proporcionalidad tiene, a su vez, subprincipios que es menester tomar en cuenta para realizar un correcto control de las sanciones en las leyes penales.

La situación más ejemplificativa del control de constitucionalidad es comparar dos normas: ley penal y Constitución. En caso de ser detectada una incongruencia, se resuelve mediante el *test de proporcionalidad*.

El test de proporcionalidad implica la aplicación de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

1.6.1 Test de Proporcionalidad

1.6.1.1 Idoneidad

La pregunta que se realiza para verificar la idoneidad es: ¿La medida legislativa constituye un medio adecuado? Si es posible establecer algún nexo de causalidad entre la sanción establecida por el legislador y la creación de un estado de cosas en el que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención, se configura la idoneidad.³⁸ En otras palabras, debe existir una relación entre el medio y el fin de la sanción.

La autora Laura Clérico afirma que:

³⁶ Santiago Mir Puig. *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p 105.

³⁷ *Id.*, p 108 y 109.

³⁸ *Id.*, p 113.

La versión fortísima del mandato de la idoneidad exige la elección de un medio a través del cual el logro del fin perseguido se alcance en la mayor medida posible en el sentido cuantitativo (el más alto alcance), cualitativo (el mejor de los alcances) y probabilístico (el más seguro de ser alcanzado) [...].³⁹

Carlos Bernal Pulido afirma que cuando se proyecta la idoneidad de la norma de sanción:

(...) Exige verificar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida. Se trata pues de examinar la eficacia preventiva que despliega la norma enjuiciada. En esta sede, el juicio de idoneidad de la norma de sanción ha de concretarse en la verificación de los efectos preventivo-generales de la pena, ya sea en su vertiente negativa o positiva, ya que son éstos los que pueden llegar a producirse en el momento de la conminación penal abstracta⁴⁰.

Continuando con la misma idea, Bernal Pulido menciona que el contenido del juicio de idoneidad varía según se proyecte sobre la norma de conducta o sobre la sanción establecida en la ley penal, puesto que es preciso verificar si la acción u omisión descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico cuya tutela se pretende, pues de ese modo su prohibición será un medio idóneo para contribuir a la protección del bien jurídico.

Santiago Mir sostiene la misma idea que el tratadista antes mencionado, ya que afirma que cuando se trata de una sanción, “el subprincipio de idoneidad trata de examinar la eficacia preventiva, puesto que la sanción ha de concretarse en la verificación de los efectos preventivos generales de la pena, ya sea en su vertiente negativa (intimidadora) o positiva (integradora)”⁴¹.

En cuanto a este primer requisito, la pena privativa de libertad prevista para este delito no es idónea ya que no cumple su finalidad preventiva. Principalmente por tres razones de peso, que sustentan lo afirmado anteriormente:

Primero, porque no se cumple lo dispuesto por la ONU en la Resolución 2013/40 del Consejo Económico y Social, con fecha 25 de julio de 2013, relativa a las respuestas

³⁹ Laura Clérico. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. Quito: Ed. V&M Gráficas, 2008, p. 131.

⁴⁰ Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003 p. 97

⁴¹ Laura Clérico. *El examen...Óp. cit.*, p. 114.

en materia de prevención del delito y justicia penal al tráfico ilícito de especies protegidas de fauna y flora silvestres. En esta Resolución, se alienta a los Estados la adopción de leyes penales pertinentes que incluyan penas y sanciones adecuadas para hacer frente al tráfico ilícito de especies protegidas de fauna y flora silvestres; y, que tipifiquen como delito grave el tráfico ilícito de especies protegidas de vida silvestre cuando estuvieran involucrados asociaciones de crimen organizado. Se evidencia que, el Ecuador no siguió las recomendaciones de la ONU al tipificar este delito, puesto que la pena establecida en el artículo 247 es de 1 a 3 años. Bajo ningún concepto se puede considerar esta sanción como grave, puesto que el COIP establece una pena máxima de 40 años, mediante la acumulación de penas.

De igual manera, no se cumple lo establecido en la Resolución 2011/36 del Consejo Económico Social, de fecha 28 de julio del 2011, con respecto a la prevención del delito y justicia penal ante el tráfico ilícito de especies de vida silvestre amenazadas de fauna y flora.

Otros delitos de tráfico, tipificados en el COIP, que de igual manera la ONU considera que son graves tales como: el tráfico de personas, tráfico de órganos, explotación sexual, pornografía infantil, tortura y tratos crueles, tráfico de armas y tráfico de estupefacientes⁴², se sancionan con penas altas.

Los delitos antes mencionados se los sanciona con una pena privativa de libertad de 13 a 16 años⁴³, inclusive el artículo 97 del COIP establece una pena privativa de libertad por la sola publicidad de tráfico de órganos, de 7 a 10 años.

No existe idoneidad en la sanción del delito, ya que tanto la caza, pesca, captura, extracción, tenencia, transporte y tráfico de fauna silvestre, inclusive si esta está en peligro de extinción o en áreas protegidas es sancionado de 1 a 3 años de pena privativa de libertad. La diferencia de la sanción con los otros delitos de tráfico, que se consideran graves, es muy grande.

⁴² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) (acceso 04/09/17)

⁴³ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 92, 96, 97, 100, 103, 119. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014

Segundo, porque no se llega a aplicar la pena de 3 años. Esto es una realidad en nuestro país, en el que las penas que han sido impuestas en los casos de aplicación de este tipo penal, no han alcanzado la máxima sanción, ya sea por aplicación de circunstancias atenuantes, por admisión del hecho atribuido al procesado; o, en el extremo, por la aplicación de la suspensión de la pena.

Esta realidad impide la concreción de la finalidad de la pena; y, en ciertos casos envía un mensaje social equivocado. Así, por ejemplo, a quien cazó un cóndor andino (especie en peligro crítico de extinción y símbolo patrio), se le impuso una pena de seis meses de privación de libertad⁴⁴.

Debido a la megadiversidad que caracteriza al Ecuador y sus países vecinos que establecen mayores penas privativas de libertad, se vuelve un país muy atractivo para los traficantes de vida silvestre, al tener sanciones tan bajas, se está proyectando al territorio nacional ecuatoriano como un paraíso para traficar con vida silvestre.

Un ejemplo reciente de lo antes afirmado, es lo sucedido el 14 de agosto del 2017 cuando se encontró una embarcación china en Galápagos, en dicha embarcación se encontró fauna marina de diversas especies, entre ellas, tiburón silky, tiburón martillo, zorro pelágico y mako (especies en peligro de extinción, incluida en Lista Roja de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza). En el registro de pesca de la embarcación constan aproximadamente 300 toneladas de producto almacenado. Se conoció que en las bodegas del buque chino había más de 6.223 tiburones.⁴⁵

La jueza Alexandra Arroyo, resolvió condenar a la tripulación de la embarcación china Fu Yuan Yu Leng 999, de uno a cuatro años de prisión, por el delito de tenencia y transporte de especies protegidas, a través de la aplicación de un procedimiento directo⁴⁶. El capitán de la embarcación china fue condenado al máximo de la pena con

⁴⁴ El telégrafo. *COIP tipifica delitos contra la biodiversidad*. <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/coip-tipifica-delitos-contra-biodiversidad>. (acceso 29/08/17)

⁴⁵ El universo. *Prisión de hasta cuatro años a tripulantes del barco chino, capturado en Galápagos con tiburones en bodegas*. <http://www.eluniverso.com/noticias/2017/08/27/nota/6353284/prision-hasta-cuatro-anos-tripulacion-barco-chino-que-llevaba>. (acceso: 27/08/17).

⁴⁶ El telégrafo. *Jueza sentencia por delito ambiental a tripulación de barco chino*. <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/4/jueza-sentencia-por-delito-ambiental-a-tripulacion-de>

agravante, sus tres ayudantes fueron condenados de igual manera a 3 años de pena privativa de libertad, el resto de la tripulación recibió la sanción de 1 año de cárcel. En este caso, cabe preguntarse si se toma en cuenta lo estipulado en el artículo 76 de la Constitución⁴⁷; el mismo que ordena que las penas estén acordes con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena. Al respecto, hay que recordar que la Reserva Marina de Galápagos forma parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y constituye Patrimonio Natural de la Humanidad. En esta área protegida, además, se estableció un Santuario de Tiburones, para proteger la vida silvestre de prácticas ilícitas que amenazan su conservación.

Cabe preguntarse si la sanción es idónea. La respuesta a estas dos interrogantes, es negativa. No por negligencia de la Función Judicial en este caso, ya que incluso en la sentencia, en aplicación del artículo 44 del COIP, se ordena 1 año más de lo estipulado, como pena máxima al capitán de la embarcación china, ya que para toda la población ecuatoriana este suceso marcó un antecedente jurídico en materia ambiental. Todos pudimos percibir que las sanciones establecidas en el COIP son demasiado bajas, y que para este atentado irreparable contra el ambiente, contra el ecosistema en donde perdimos alrededor de 6.000 especies de tiburones, una sanción de 3 años no es proporcional a la afectación ocasionada a la vida marina.

Este caso generó que la Asamblea reconsidere las sanciones establecidas en los delitos contra el ambiente. En especial las sanciones establecidas en los delitos contra la fauna silvestre que está en peligro de extinción y en estado vulnerable⁴⁸.

Se configura la tercera razón por la que la pena privativa de libertad prevista en el artículo 247 del COIP no es idónea: es debido a que no refleja a cabalidad la

barco-chino

(acceso:

27/08/17).

⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴⁸ Asamblea nacional. *Asambleísta Jorge Yunda propone resolución sobre la pesca ilegal en Galápagos*. <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/blogs/jorge-yunda/51006-asambleista-jorge-yunda-propone-resolucion> (acceso: 20/08/17)

importancia constitucional que tiene el ambiente; y, más concretamente, de la vida silvestre en esta materia.

1.6.1.2 Necesidad

Este subprincipio busca determinar que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente apta para proteger el bien jurídico. El subprincipio de necesidad configura un examen de eficacia de la medida utilizada.

A modo introductorio y de manera general, se establece la idea de que el derecho penal tipifica las conductas que tienen relevancia social. La relevancia social se determina en función de los criterios de *merecimiento* y *necesidad* de pena. Mientras el primero atiende a la importancia del bien jurídico y la gravedad del ataque, el segundo obliga a considerar la frecuencia de afectación del bien jurídico a través de la conducta incriminadora.

En cuanto a la importancia, en páginas anteriores, se abordó el tema en función de la relevancia constitucional del ambiente, lo que ha determinado, por parte del Estado, el empleo de todos los medios jurídicos necesarios para proteger y preservar al medio ambiente. En esta sección, al plantear el subprincipio de necesidad, no se busca establecer la necesidad de tipificar el delito, sino si la necesidad de aplicar sanciones penales en pro de protección del bien jurídico.

La Resolución de Asamblea General de Naciones Unidas 2012/19 del Consejo Económico y Social, de 26 de julio de 2012, señala expresamente la necesidad de que se tipifique con seriedad el delito contra el tráfico de vida silvestre:

“Expresando preocupación porque, en algunos casos, el tráfico ilícito de especies protegidas de fauna y flora silvestres es una forma cada vez más sofisticada de delincuencia organizada transnacional, recordando la resolución en la que el Consejo reconoció que la delincuencia organizada se había diversificado y representaba una amenaza para la salud y la seguridad, la buena gobernanza y el desarrollo sostenible de los Estados, y subrayando por lo tanto la **necesidad de combatir esos delitos mediante**

el fortalecimiento de la cooperación internacional, la creación de capacidad, **las respuestas de la justicia penal** y las actividades de cumplimiento de la ley,⁴⁹

Como se ha manifestado anteriormente, el Ecuador es un país megadiverso, y es por esta razón que la Constitución ecuatoriana protege al ambiente, y se lo considera como bien jurídico protegido. De aquí parte la necesidad de que lo establecido en la Constitución se vea reflejado en el COIP. Puesto que no guarda armonía alguna que en la Constitución se proteja de sobremanera al ambiente, y en el COIP se sancione con penas que no son proporcionales a la afectación del ecosistema.

La Convención de Especies Migratorias, en la Resolución UNEP/CMS/ Resolución 11.31 establece de igual manera la necesidad de que se adopten las medidas apropiadas para garantizar que cada Estado en su respectivo marco legislativo establezca sanciones para los delitos que atentan contra la vida silvestre. Estas medidas deben ser eficaces y deben reflejar la gravedad del delito.⁵⁰

También es importante señalar que, si únicamente se aplicaren sanciones de carácter administrativo o civiles, aludiendo a la mínima intervención del Estado, se estaría sin duda alguna restando importancia al bien jurídico protegido constitucionalmente. Esto se analizará con detalle posteriormente, cuando se analice el principio de progresividad.

1.6.1.3 Proporcionalidad en sentido estricto

Este último subprincipio, consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se

⁴⁹ CITES. *Resolución de Asamblea General de Naciones Unidas 2012/19 del Consejo Económico y Social, de 26 de julio de 2012* <https://cites.org/sites/default/files/eng/news/pr/2015/N1522123-S.pdf> (acceso: 02/09/17)

⁵⁰ CITES. *Resolutions Conf. 6.3 and Conf. 7.5, adopted by the Conference of the Parties at its sixth and seventh meetings.* <https://cites.org/sites/default/files/document/E-Res-11-03-R17A.pdf> (acceso: 02/09/17)

trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos.⁵¹

A partir de este planteamiento doctrinario, se afirma que la pena privativa de libertad prevista para este delito no es proporcional. No existe relación, no existe proporción entre la sanción y el delito. No se puede aceptar una sanción ínfima para un daño tan grave. Así lo demuestra el caso de la embarcación china encontrada en la Reserva Marina de Galápagos, con 300 toneladas de pesca, incluyendo miles de ejemplares de especies marinas protegidas.

Carlos Bernal Pulido en su obra *el derecho de los derechos*, establece que existen dos criterios para valorar la proporcionalidad: la culpabilidad y la gravedad del delito. En cuanto a la gravedad del delito, establece que este criterio está íntimamente vinculado con la intensidad de la protección del bien jurídico. Afirma que cuanto más grave es un delito, más afectado se encuentra el bien protegido, y por lo tanto mayor debe ser la protección legislativa y mayor la pena a imponer⁵². Continúa Bernal Pulido afirmando que, por lo tanto, cuanto más grave sea un delito, más justificado estará que el legislador tienda a favorecer el bien jurídico mediante una protección media o incluso intensa.

1.7 El principio de progresividad

El principio de progresividad o no regresión, según Mario Peña tiene la finalidad de “evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, e implica necesariamente una obligación negativa de *no hacer*.”⁵³ Esta obligación de no hacer, se refiere expresamente a que el nivel de protección

⁵¹ Laura Clérico. *El examen...Óp. cit.*, p. 116.

⁵² Carlos Bernal Pulido. *El derecho de los derechos*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 137-138.

⁵³ Mario Peña. “Test de regresividad ambiental”. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 7, febrero 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2>

ambiental ya alcanzado debe ser respetado y bajo ningún concepto disminuido, sino más bien incrementado.

Una vez entendida la finalidad del principio de progresividad, se puede afirmar que esta no se cumple en la actual legislación ecuatoriana, puesto que en el Código Penal la sanción establecida para los delitos contra la vida silvestre estaba tipificada con un máximo de 4 años de pena privativa de libertad⁵⁴, en la actualidad con el COIP la sanción máxima es de 3 años de pena privativa de libertad⁵⁵. Por esta razón, el nivel de protección ambiental que ya se tenía con el Código Penal disminuyó, a pesar de que la Constitución ecuatoriana actuó progresivamente en cuanto al ambiente, puesto que inclusive reconoció derechos a la naturaleza en el 2008⁵⁶. Lo lógico hubiese sido que el COIP, siguiendo la misma iniciativa de la Constitución y la finalidad del principio de no regresión, incrementa la pena privativa de la libertad para el delito contra la vida silvestre o en su defecto, que mantenga la sanción ya establecida.

En cuanto a la aplicación de este principio, Mario Peña sostiene que:

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder al *status quo ante*, respetando al menos, el nivel de protección ambiental ya alcanzado; no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental actualmente adquiridos; no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección; asegurar la calidad de las normas ambientales; no vulnerar el derecho de las futuras generaciones a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ni disminuir el patrimonio a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso, todo lo anterior con la finalidad de asegurar condiciones ambientales aptas para la posteridad⁵⁷.

Se evidencia que la aplicación dada por el legislador en la nueva tipificación del delito contra la vida silvestre no es la correcta. Puesto que el estándar de protección ambiental se modificó de forma negativa, ya que se flexibilizó la pena privativa de

⁵⁴ Código Penal Ecuatoriano. Artículo 437-F. Registro Oficial No. 2 de 25 de enero de 2000.

⁵⁵ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 247. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014

⁵⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 10, 71, 72, 73 y 74. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵⁷ Mario Peña. "Test de regresividad ambiental". *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 7, febrero 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2>

libertad que estaba contemplada en el anterior ordenamiento penal. Como resultado de esto, se disminuyó la protección que tenía el ambiente como bien jurídico protegido.

Es importante mencionar que el principio de progresividad es reconocido a nivel internacional, y se lo establece en Convenios y Tratados Internacionales, el profesor Ricardo Crespo Plaza sobre este principio manifiesta lo siguiente.

[...] un nuevo principio, el de no regresión o no retroceso en materia ambiental, que se deriva de la declaración “El Futuro que Queremos” de Río más 20, viene a constituirse como un nuevo mecanismo jurídico para evitar que la legislación ambiental siga siendo relativizada por los intereses económicos de corto plazo que responden a presiones sectoriales y que pretenden demostrar que ante los problemas ambientales del mundo, siempre habrá una salida tecnológica o artificial, lo cual niega la realidad de un planeta cuyos límites biofísicos deben entenderse como leyes inexorables e indiscutibles.⁵⁸

Se evidencia una vez más que el principio de progresividad no es tomado en cuenta en lo más mínimo. En el ámbito internacional, el principio de no regresión es reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 26), así como también por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 2.1), ambos instrumentos internacionales son ratificados por Ecuador, pero claramente no empleados como explicaré a continuación de los siguientes artículos:

Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales:

Artículo 2 numeral primero. - Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

El principio de progresividad en materia ambiental se refiere a dos aspectos:

Por un lado, la progresividad implicará la obligación de adoptar soluciones graduales, y dejar de lado cortes drásticos en pro de la protección del entorno. [...] Se sostiene por una parte que [...] la protección del ambiente tiene como contrapartida la

⁵⁸ Mario Peña Chacón (ed.). *El Principio de No Regresión Ambiental en Iberoamérica*. <https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/derechoAmbiental/principio%20de%20no%20regresion%20ambiental%20en%20iberoamerica.pdf> (acceso 17/06/16), p. 125.

limitación de derechos individuales, y ella puede comportar una restricción de derechos individuales. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación del derecho individual.⁵⁹

Por el otro, como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor, sobre todo a la sazón de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁶⁰

Ricardo Crespo Plaza afirma que “la vigencia de un amplio marco legal ambiental y pese a que la Constitución vigente intenta romper con el paradigma del antropocentrismo, aún persisten en el Ecuador instrumentos legales y disposiciones regresivas que chocan contra el principio de no regresión”⁶¹ Un instrumento legal que va claramente en contra del principio de no regresión es el COIP, y esto se ve claramente en la reforma del artículo 247, en cuanto a la pena establecida.

En lo principal lo que establece este principio es que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser modificadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad, por ello la nueva norma o sentencia, no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad⁶², así mismo Mario Peña Chacón sostiene que:

El principio de progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en “*progreso*” o “*mejora continua en las condiciones de existencia*”. Aquí el imperativo manda que el Estado debe “*moverse hacia delante*” y generar

⁵⁹ José Alberto Esaín. *El principio de progresividad en materia ambiental*. http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2414 (acceso 10/11/16)

⁶⁰ *ibíd.*

⁶¹ Ricardo Crespo Plaza. *Algunos casos de retrocesos en la legislación ambiental del Ecuador*. <https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/derechoAmbiental/principio%20de%20no%20regresion%20ambiental%20en%20iberoamerica.pdf> (acceso 17/06/17), p. 125.

⁶² Mario Peña Chacón. “Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 3, febrero 2012.

progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas sostenidas, graduales y escalonadas.⁶³

Lo antes expuesto nos lleva a concluir que bajo ningún concepto se justifica el hecho de que en el actual Código Orgánico Integral Penal se haya disminuido la pena privativa de libertad, debido a que el interés público ambiental es evidentemente mayor que cualquier otro interés individual.

De haber querido realizar una modificación a la sanción penal, esta debió incrementarse para que así se respete el principio de progresividad. Frente a esto, Peña afirma que:

Este principio no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable) a raíz de que no existe derecho alguno que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislativas, reglamentarias e incluso jurisprudenciales. A lo que sí se opone el derecho ambiental a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad es a cambios en el bloque de legalidad que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.⁶⁴

1.7.1 Test de progresividad

El test de progresividad se lo utiliza para verificar si una norma guarda armonía con el principio de no regresión o si lo transgrede y las razones por las que se considera que una norma es progresiva o regresiva; transgrediendo así, la protección penal que debería tener el bien jurídico protegido.

Mario Peña plantea que para la formulación de un test de regresividad ambiental se debe realizar la pregunta: ¿Cuándo una norma puede catalogarse regresiva y por ende violatoria del principio de no regresión?⁶⁵, para contestar esta pregunta se debe tener en cuenta si el grado de efectividad de la norma es inferior en comparación con lo alcanzado con anterioridad.

⁶³ Mario Peña Chacón. “El ABC del del principio de progresividad en materia ambiental”. *Revista del Progrma de Postgrado en Derecho*. Costa Rica, Agosto 2017. <http://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/2017/08/14/principio-de-progresividad-del-derecho-ambiental/>

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Mario Peña Chacón. El test de regresividad ambiental. http://www.academia.edu/5880374/Test_de_regresividad_ambiental

Aplicando esta pregunta al caso ecuatoriano, el delito tipificado en el artículo 247 del COIP es regresivo, porque reduce la protección ambiental previamente adquirida en el Código Penal, no se justifica esta flexibilización en cuanto a la pena netamente, ya que el bien jurídico objeto de tutela se encuentra vulnerable. La reforma de este delito empeoró la situación del bien jurídico protegido, la pena establecida en el Código Penal era baja; teniendo en cuenta la gravedad del delito, ahora la pena es menor que la que estaba establecida antes de la vigencia de la Constitución del año 2008. Esto ocasiona que la fauna silvestre se encuentre aún más expuesta y se convierta en un blanco fácil.

Continúa Peña, estableciendo los criterios y lineamientos para el test de regresividad ambiental. Afirma que se requiere constatar⁶⁶:

- a. Promulgación de nueva normativa que modifique el nivel de protección ambiental adquirido previamente.
- b. Ausencia o insuficiencia de justificación y respaldo técnico- científico que permita determinar, en grado de certeza, la no afectación al bien tutelado.
- c. Menoscabo o empeoramiento del nivel de protección jurídica preexistente, en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad.
- d. Omisión de reglamentación de normas ambientales indispensables para su operativización y aplicación eficaz.
- e. Incumplimiento en la aplicación de la legislación ambiental tonándola absolutamente ineficaz.

Revisando los postulados anteriores, se puede afirmar que la sanción de pena privativa de libertad establecida en el artículo 247 del COIP es regresiva, puesto que partimos de la preexistencia de una norma penal ambiental (artículo 437-F del Código Penal) que fue derogada, limitada, restringida y reducida por el artículo 247 del COIP, en la cual se reduce la pena y esto hace que se afecte negativamente el nivel de protección previo ambiental del bien jurídico ambiente. No existe una justificación viable que sustente la reducción en la pena que ahora establece el COIP. Al contrario, se

⁶⁶ *Ibíd.*

evidencia el menoscabo y empeoramiento en el nivel de protección jurídica preexistente.

Es por esto, que en la Asamblea Nacional se está contemplando una revisión a la Ley Penal que regula los delitos contra el ambiente, ya que su aplicación práctica - evidenciada en el referido caso ocurrido en la Reserva Marina de Galápagos- se pudo notar que las sanciones establecidas son demasiado bajas y no cumplen ningún fin.

Ricardo Crespo Plaza en la colaboración que realizó como autor del capítulo referente al Ecuador en la obra “El Principio de No Regresión Ambiental en Iberoamérica” cita a Prieur, quien afirma que “siendo la legislación ambiental nacional esencialmente protectora de la naturaleza y preventiva del daño ambiental, en consecuencia, no debería admitir medida regresiva alguna”⁶⁷.

1.8 La Constitución de la República del Ecuador y la regresividad del COIP frente a la pena establecida para el delito contra la vida silvestre.

En la actual Constitución del 2008 se consagran algunas disposiciones de índole ambiental que su cumplimiento, ejecución y adaptación se cataloga como primordial para el Estado, un ejemplo es el artículo 3 numeral 7, el mismo que sostiene que son deberes primordiales del Estado: “7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país”⁶⁸.

Que existan disposiciones constitucionales en materia ambiental es de suma importancia, puesto que asegura la tutela del derecho proclamado. El reconocimiento de un derecho en la Constitución, refuerza la vinculación de los poderes públicos a los principios ambientales que están reconocidos de igual forma en la norma suprema, en tratados y Convenios Internacionales que el Ecuador es parte, porque la condiciona no

⁶⁷ Ricardo Crespo Plaza. *Algunos casos de retrocesos...* Óp. cit., p. 127.

⁶⁸ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

sólo a la satisfacción de un interés objetivo, sino al cumplimiento de un mandato constitucional.⁶⁹

Se considera de interés público la preservación de la biodiversidad; esta disposición se encuentra establecida en los artículos 14 y 400 de la Constitución.

Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Art. 400.- El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional. Se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país.

En estos artículos se evidencia el avance que ha realizado la Constitución de la República del Ecuador, ya que, en efecto se ve claramente la importancia que la misma da al ambiente, se ve así mismo la protección con la cual la reviste y como le otorga mecanismos normativos para que se ejecute dicha protección. Es importante destacar la posición de garante y principal protector que tiene el Estado para con la Naturaleza.

No se puede obviar el hecho que en la Constitución de la República del Ecuador existe capítulo dedicado a los derechos de la Naturaleza, este es el capítulo 7 que va desde el artículo 71 al 74. En estos artículos se establece qué es la Naturaleza, cuáles son los derechos que se le reconocen, quiénes pueden exigir el cumplimiento de los mismos, se establece la responsabilidad del Estado de establecer los mecanismos necesarios para la restauración de la Naturaleza en caso de impacto ambiental, así como todas las medidas necesarias para la precaución, restringiendo actividades que puedan generar un daño permanente a los ciclos naturales. Cabe mencionar que estas disposiciones no se encontraban normadas en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, durante cuya vigencia se expidieron las reformas penales que tipificaron el delito contra la vida silvestre con una pena mayor a la prevista por el COIP.

⁶⁹ Raúl Canosa Usera. *Constitución y medio ambiente*. Madrid: Ciudad Argentina, 2000, p. 168.

En lo principal, es importante recalcar que el presente tema de investigación enfoca a las especies de vida silvestre como lo hace el derecho penal; esto es como objetos de protección jurídica y tutela penal. Sin embargo, no por esto se hace caso omiso al importante paso que ha dado el Estado ecuatoriano en materia constitucional al reconocerle derechos a la naturaleza, a pesar de esto, el objetivo de este trabajo de investigación no es entrar a debatir sobre los derechos de la naturaleza, sino sobre la sanción establecida en el COIP en el delito contra la vida silvestre que está revestida de tutela penal y a su vez analizar la misma desde un punto objetivo y viable en materia constitucional.

El presente tema de investigación pretende que el lector contraste lo dispuesto en la Constitución con la normativa penal y que llegue a la conclusión de que no se guarda armonía y que una reforma a la sanción impuesta en el artículo 247 del COIP es necesaria. El artículo 73 de la Constitución establece lo siguiente:

Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.⁷⁰

Es incomprensible el retroceso que los legisladores han dado en relación al Derecho Penal Ambiental, ya que la misma Constitución ordena al Estado contar con todas las herramientas legales, idóneas para cumplir con los deberes primordiales que se establecen en la Constitución. Esto se ve claramente en el artículo 84 de la norma suprema; cabe mencionar que esta disposición es una garantía normativa y que se cuestiona su actual cumplimiento:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.⁷¹

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*

Es evidente que la norma suprema que nos rige hoy en día contiene varias disposiciones constitucionales que benefician a la Naturaleza, y es un avance para nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta los antecedentes de nuestro país mega diverso; de toda la riqueza de especímenes que habitan en nuestro territorio. En el año 2000 no contábamos con una Constitución tan protectora de la naturaleza y a pesar de esto, la sanción por el delito cometido en contra de animales de vida silvestre era sancionado con mayor responsabilidad para con la sociedad y la naturaleza misma. Ahora que tenemos en la Constitución de Montecristi no solo las herramientas para crear una mayor protección a la naturaleza, sino que el Estado tiene el deber de cuidado y preservación, se baja la pena aplicable a este delito.

Se llega a la conclusión una vez más que una revisión a la sanción penal establecida en el artículo 247 del COIP es necesaria puesto que no cumple con las disposiciones constitucionales, internacionales, con los fines de la pena, además se está transgrediendo principios internacionales como el de proporcionalidad y progresividad.

No se trata de abogar por la constitucionalización de nuevos derechos, o de entrar a debatir si es correcto o eficaz que se le reconozcan derechos a la naturaleza. Los derechos en cuestión, ya se encuentran reconocidos en la Constitución ecuatoriana. Además, la prevención y protección del medio ambiente están establecidos mediante disposición constitucional como uno de los deberes primordiales del Estado y de los ciudadanos.

El objetivo del presente trabajo de investigación, es lograr que se aplique de una manera correcta y eficiente las sanciones previstas contra los delitos que atentan a la vida silvestre, que se reforme la pena establecida, puesto que la misma no cumple su fin y no se trata de contar con delitos tipificados si no existe el propósito de erradicar esa conducta ilícita que genera un daño y un impacto negativo al ecosistema y a las personas que habitamos en él.

Se afirma que un “orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la Constitución”⁷² esto claramente no sucede para con el artículo que se pretende reformar, es por esa razón que es ilusorio tener una Constitución tan garantista

⁷² Elsy Henry Viveros Gaviria et al. *Lecturas sobre Derecho de Medio Ambiente*. Óp. cit., p. 52.

y proteccionista en temas ambientales, si en la práctica en la ejecución de sanciones cuando se ha lesionado el bien jurídico ambiente o alguna disposición legal tipificada en el COIP, las sanciones son ínfimas y ni siquiera se llega a sancionar con el máximo establecido al autor del delito.

En la página web de la función judicial⁷³ se reportan 19 casos en los que el Parque Nacional Galápagos acusa a ciudadanos de incurrir en el delito tipificado en el artículo 247 del COIP, de los 19 casos, solamente en dos casos los acusados cumplen la sentencia dictaminada por el Juez, es decir solamente el 10% de las causas cumplen con la sanción correspondiente. 10 de los 19 casos fueron archivados en la investigación previa, es decir el 52% de los casos no fueron sancionados. El 5% es decir 1 caso obtuvo el sobreseimiento del procesado y el 26% de los casos obtuvieron sentencia de 2 a 3 años de pena privativa de la libertad puesto que se pudo probar el delito en su totalidad. Sin embargo de lo cual, en este 26% se invoca la suspensión condicional⁷⁴ de la pena puesto que se cumplen los requisitos del artículo 630 del COIP (que la sanción no sobrepase los 5 años).

Todo lleva a concluir que el legislador no considera tan importante el delito tipificado en el artículo 247 del COIP, es por esto que lo tipifica de una manera poco efectiva, se denota la falta de voluntad política y legislativa en el cumplimiento de lo establecido en la Constitución en materia ambiental, así mismo se observa como la norma establecida en el COIP no corresponde a la realidad social y es por esto que no existe una concordancia, tampoco un verdadero cumplimiento ni de parte de las personas como del Estado.

El ciudadano no debe contentarse con que el Estado adopte medidas interventoras y publique leyes sancionadoras, sino que ha de exigir que éstas se cumplan. El objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente todo lo contrario: no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las ordenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto.⁷⁵

⁷³ Se hicieron varias consultas de causas en materia ambiental en la página web de la Función Judicial. www.funcionjudicial.gob.ec (acceso 10/11/16).

⁷⁴ Debido a que es un tema procesal y no es tema de esta tesis, no se analizará a profundidad este presupuesto, solamente se va a hacer referencia estadísticamente a los casos que solicitaron esta figura procesal.

⁷⁵ Elsy Henry Viveros Gaviria et al. *Lecturas sobre Derecho de Medio Ambiente*. Óp. cit., p. 54.

Capítulo II: Importancia del delito contra la vida silvestre y el estándar punitivo internacional

2.1 El tráfico de vida silvestre y su contraste con otros delitos de tráfico

El tráfico de animales de vida silvestre se lo entiende como una actividad ilícita y lamentablemente debido a la alta demanda que existe en otros países de fauna silvestre, la misma es muy lucrativa. Sin embargo, esta actividad ilícita la cual constituye un delito, es de mayor ocurrencia en países mega diversos como el Ecuador, que cuenta con una fauna y flora silvestre muy rica. Es por esto que en nuestro país el riesgo es alto y esto ocasiona que varias especies se encuentren en peligro de extinción, como es el caso del cóndor andino, que se encuentra en peligro crítico de extinción, según la categorización de la UICN⁷⁶.

Las personas que compran animales silvestres desconocen que para capturar las crías de una especie, los cazadores matan a sus padres, y que cuando se logra rescatar o decomisar a los animales de las manos de los traficantes, cerca del 75% de ellos mueren o quedan lesionados de por vida debido a las malas condiciones en que son encontrados⁷⁷.

[...] Respecto de la Intensidad de la tutela, [...] es claro que la pretensión de la preservación del medio ambiente sano consagrado en la Constitución Nacional no constituye una mera aspiración (al modo de un interés difuso en el sentido de etéreo o volátil) sino un auténtico derecho.⁷⁸

Hugo Echeverría sostiene que:

⁷⁶ Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

⁷⁷ Zoológico de Quito. *Tráfico de fauna silvestre*. <http://www.quitozoo.org/index.php/23-modulo-derecha/52-trafico-de-fauna-silvestre> (acceso 05/11/16).

⁷⁸ Horacio D. Rosatti. *Derecho Ambiental Constitucional*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2007, pp.42-45.

El tráfico de vida silvestre constituye una de las actividades que más afectan al patrimonio natural y la biodiversidad. El tráfico de vida silvestre constituye una infracción a una premisa fundamental del derecho ambiental [...] Estudios señalan que se trata de una actividad desarrollada a escala internacional y por grupos organizados. Por esta razón, a fines del año 2010 la Asamblea General de la INTERPOL, reconociendo la gravedad de la problemática del tráfico de vida silvestre, adoptó una Resolución para promover mayores esfuerzos policiales para detener este tipo de delito ambiental.⁷⁹

Como se ha mencionado anteriormente la Constitución ecuatoriana tutela al ambiente como un bien jurídico; e incluso dota a la Naturaleza de todos los mecanismos para que se respete sus derechos consagrados en la misma carta fundamental. También se ha dicho que el Código Orgánico Integral Penal no refleja esta concepción tuitiva en la imposición de sanciones. No obstante, el COIP prevé sanciones más graves para delitos que sancionan otros tipos de tráfico.

2.2 Contraste del delito que atenta a la vida silvestre con otros delitos

Según la Oficina de la ONU contra la droga y el delito, se establece que el tráfico de vida silvestre se ha transformado en los últimos años, en una de las mayores actividades de crimen organizado transnacional. Compara este delito junto con el narcotráfico, tráfico de armas y de personas. Sostiene que los grupos criminales se benefician con miles de millones de dólares generados por el delito de tráfico de vida silvestre y que este dinero es direccionado a financiar el terrorismo y a contribuir a la inestabilidad. De igual forma, afirma que estos crímenes están estrechamente vinculados con el blanqueo de dinero, la corrupción, el asesinato y la extrema violencia. Finalmente concluye que “la vida silvestre y los delitos forestales amenazan la biodiversidad y las especies en peligro de extinción, el sustento de las personas y afectan gravemente la seguridad nacional y el desarrollo social y económico”.⁸⁰

⁷⁹ Hugo Echeverría. *Manual de aplicación del derecho penal ambiental como instrumento de protección de las áreas naturales en Galápagos*. Quito: ProJusticia y Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 126.

⁸⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Crimen contra la vida salvaje y forestal. <https://www.unodc.org/unodc/es/wildlife-and-forest-crime/index.html> (acceso 02/09/17)

El COIP sanciona los delitos de narcotráfico, tráfico de armas y tráfico de personas de la siguiente manera:

Trata de personas:

Artículo 92.- Sanción para el delito de trata de personas. - La trata de personas será sancionada:

1. Con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.
2. Con pena privativa de libertad de dieciséis a diecinueve años, si la infracción recae en personas de uno de los grupos de atención prioritaria o en situación de doble vulnerabilidad o si entre la víctima y el agresor ha existido relación afectiva, consensual de pareja, conyugal, convivencia, de familia o de dependencia económica o exista vínculo de autoridad civil, militar, educativa, religiosa o laboral.
3. Con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años, si con ocasión de la trata de personas, la víctima ha sufrido enfermedades o daños psicológicos o físicos graves o de carácter irreversible.
4. Con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si por motivo de la trata de personas se produce la muerte de la víctima.

La trata se persigue y sanciona con independencia de otros delitos que se hayan cometido en su ejecución o como su consecuencia.

Tráfico de Armas:

El tráfico de armas está tipificado en el artículo 122 del Código Orgánico Integral Penal de la siguiente manera:

Artículo 122.- Utilización de armas prohibidas. - La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, produzca, almacene, utilice o distribuya armas prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario, será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Tráfico de estupefacientes:

Artículo 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. - La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente:

1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:

a) Mínima escala de dos a seis meses. b) Mediana escala de uno a tres años. c) Alta escala de cinco a siete años. d) Gran escala de diez a trece años.

2. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de precursores químicos o sustancias químicas específicas, destinados para la elaboración ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si las sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, se oferten, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio.

La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible.

Tres cosas son las que tienen en común estos delitos:

1.- La pena privativa de libertad es superior a los 10 años.

2.- El COIP impuso penas privativas de libertad más severas, para brindar una mayor protección al bien jurídico que protege cada artículo.

En el caso de tráfico de armas la pena se subió de 3 a 6 años de prisión; sanción que estaba tipificada en el Código Penal, a 13 y 16 años de reclusión con el COIP.

Con el delito de tráfico de persona, la pena se subió de 12 a 16 años (sanción contemplada en el Código Penal) a 19 y 26 años en caso de agravantes (sanción actual en el COIP).

Se sigue la misma dinámica con el delito de tráfico de estupefacientes, puesto que la sanción establecida en la actualidad es de 13 años.

3.- Los tres delitos anteriormente mencionados, son considerados como delitos graves por la ONU, son de crimen organizado transnacional y el delito de tráfico de vida silvestre es comparado con estos; con el único fin de proyectar su importancia, gravedad y necesidad de establecer sanciones adecuadas y proporcionales al delito y al daño que causa el cometimiento de estos.

2.3 Estándar internacional

Es de suma importancia para el presente trabajo realizar un recuento de la normativa internacional vinculada a la preservación y protección del ambiente. Para tener una noción desde cuando el medio ambiente ha sido protegido, tener antecedentes e historia, puesto que, si bien los delitos medio ambientales han emergido en los últimos años, desde décadas atrás se han estipulado normas que regulan las conductas contra el medio ambiente, así como también normas que prevén su preservación, respeto y cuidado.

El primer antecedente que aparece a nivel internacional fue la Convención de París para la protección de las especies de aves útiles para la agricultura en 1902, posteriormente a este acontecimiento, en 1940 toma lugar la Convención de Washington sobre la protección de la flora, fauna y bellezas panorámicas. Pero cabe mencionar que las disposiciones antes mencionadas “no son solamente de carácter sectorial y poco constrictivas para los Estados firmantes, sino que responden a una concepción “romántica” de la naturaleza.”⁸¹

El Consejo de Europa emitió en el año 1968 el primer texto escrito: La Declaración sobre la lucha contra la contaminación del aire, en ese mismo año la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 3 de diciembre, convoca a la Conferencia Mundial sobre el Ambiente que tendría lugar en Estocolmo en 1972.⁸²

La Convención de Bruselas tomó lugar en 1969 como respuesta urgente a los conflictos ambientales que acontecieran en aquella época en Francia, Bélgica e Inglaterra por el naufragio del petrolero “Torrey Canyon”. Dos años más tarde, en 1971 en Suiza, el Informe Founex sobre el Desarrollo y el Medio Ambiente tuvo lugar y trató básicamente los orígenes de los problemas ambientales y se propusieron algunas soluciones factibles como establece responsabilidad ambiental en las empresas, este informe sirvió como precedente para Estocolmo.

En 1972 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano fue celebrada en Estocolmo. “(...) Persuadidos todos de que los problemas climáticos y

⁸¹ Leonardo Fabio Pastorino. *El Daño al Medio Ambiente*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 69.

⁸² *Id.*, p. 70.

medio ambientales no afectaban aisladamente a ninguna sociedad concreta, sino a todas, se trató de afrontarlos globalmente en el marco de las Naciones Unidas.”⁸³ El tema central de esta conferencia fue la protección y encontrar medidas con las cuales el medio ambiente pueda mejorar su calidad; situando a la naturaleza como centro de todo, en esta conferencia prima la visión ecológica frente a la visión antropocentrista.

En 1976 el estudio del clima concluyó formalmente con la “Declaración sobre el cambio climático”. En esta Declaración se califica al clima como recurso natural, haciéndose así merecedor de protección ambiental. La Asamblea General de las Naciones Unidas dio paso, también, al programa de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (PNUMA), entre cuyos frutos destaca la creación en 1983 de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo. En 1979 se celebra la Primera Conferencia Mundial sobre el Clima, la segunda conferencia tiene lugar en 1990. En 1992 se celebró la crucial Conferencia sobre Medio Ambiente, en Río de Janeiro, de la cual surge el “Convenio marco sobre el cambio climático”, firmado por treinta y ocho Estados, entre ellos, el Ecuador.⁸⁴

En este ámbito internacional, me parece importante destacar los temas que fueron ejes en el Programa de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, puesto que se trató la conservación de animales de vida silvestre; los mecanismos que se tiene que adoptar para que su normal desarrollo y vida sea respetado, y los compromisos a los que los Estados parte llegaron para que todos los temas abordados en especial el correspondiente a la biodiversidad se cumpla.

De igual forma es importante destacar el suceso acontecido en 1982; la aprobación de la Carta Mundial de la Naturaleza por la Asamblea General de las Naciones Unidas, porque establece un verdadero precepto en el ámbito ambiental, el fin de esta carta es aplicar a el desarrollo sustentable en su totalidad, y enfatizar el respeto a la Naturaleza en todas sus formas. Se establecen mecanismos de protección para especies amenazadas y políticas de preservación que deben seguir los Estados.

El Protocolo de Kyoto, adoptado en diciembre 1997 en la Tercera Conferencia de las Partes de la Conferencia Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, profundizó los esfuerzos de los Estados por incrementar el desarrollo sustentable y la adopción de medidas de control para evitar el creciente deterioro del medio ambiente.

⁸³ Raúl Canosa Usera. *Constitución y medio ambiente. Óp. cit.*, p. 27.

⁸⁴ *Id.*, p. 28

Luego de ello tuvo lugar una serie de reuniones (Buenos Aires, 1999; Bonn 2000) con el objetivo de avanzar en esta dirección proteccionista del ambiente.⁸⁵

Es sumamente importante destacar al convenio internacional CITES puesto que regulan específicamente el comercio con animales de vida silvestre.

La CITES se redactó como resultado de una resolución aprobada en una reunión de los miembros de la Unión Mundial para la Naturaleza), celebrada en 1963. Dicho convenio entró en vigor el 1 de julio de 1975 como respuesta al peligro de extinción de algunas especies, el tráfico y comercio internacional de animales de vida silvestre.

Existe una característica definitoria en la concepción del derecho ambiental internacional:

[...] la inexorabilidad y permanencia de la relación entre los sujetos y el medio. En el entorno la conexión de los seres humanos es permanente, o la disfrutan o la padecen; el individuo no puede alejarse del entorno que siempre lo rodea. A causa de esta rotunda y permanente conexión con el medio ambiente, se ha hecho imprescindible mejorar las condiciones de ese medio cuya degradación era cada vez más intensa. Porque la alternativa de disfrutarlo no es separarse de él, sino padecerlo inadecuado; y la inadecuación degrada la calidad de vida.⁸⁶

Todos los instrumentos Internacionales que he citado en el presente capítulo, conllevan principios ambientales de suma importancia. El Ecuador al ser Estado parte se ve en la obligación de cumplir con los mismos, pero de una forma eficaz y efectiva. No basta con que la Constitución incorpore estos principios, sino que se deben ejecutar los mismos mediante el implemento de una legislación adecuada en la que se emplee lo reconocido por los tratados y convenios internacionales. s principios ambientales.

2.3.1 Los tratados internacionales y su jerarquía supralegal

Se debe tomar en cuenta lo que prescribe la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 424:

⁸⁵ Gustavo Eduardo Aboso. *Derecho Penal Ambiental. Op. cit.*, p. 21.

⁸⁶ Raúl Canosa Usera. *Constitución y medio ambiente. Óp. cit.*, p. 93.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.⁸⁷

Los Tratados Internacionales son de directa aplicación y prevalecerán incluso sobre la misma Constitución si los derechos que estos se reconozcan son más favorables, es importante recordar al lector lo antes mencionado, ya que, en caso de no cumplirse con lo dispuesto por la constitución en relación a los tratados y convenios internacionales, se estaría violando esta disposición y los instrumentos internacionales no serían más que “un deber ser”.

El artículo 425 establece lo siguiente:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.⁸⁸

Se afirma por lo tanto que una vez incorporados los tratados internacionales al ordenamiento jurídico nacional, prevalecen sobre las leyes nacionales puesto que adquieren jerarquía suprallegal mediante disposición constitucional.

Hugo Echeverría manifiesta que:

Desde una perspectiva de administración de justicia, la suprallegalidad implica que, en caso de conflicto entre normas, deba aplicarse la norma jerárquicamente superior. Por esta razón el papel de los tratados internacionales es de fundamental importancia para

⁸⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁸⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 425. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

el derecho ambiental; y específicamente para la aplicación del derecho ambiental en materia penal.⁸⁹

Hugo Echeverría afirma que los tratados internacionales que están revestidos con jerarquía supralegal “deben ser, por tanto, aplicables dentro de un proceso judicial, pues no hay razón jurídica para omitir su consideración como fuente normativa” añade que la conservación de la biodiversidad biológica, debería ser considerada por los servidores judiciales en su tarea de administrar justicia. Para así contribuir a la plena aplicación de uno de los principios internacionales; la vigencia de los instrumentos internacionales para la conservación y regeneración de los ciclos vitales del planeta y la biosfera.⁹⁰ Eso es lo que ocurrió en el caso de la embarcación china interceptada dentro de la Reserva Marina de Galápagos.

⁸⁹ Hugo Echeverría. *Manual de aplicación... Óp. cit.*, p. 53.

⁹⁰ Hugo Echeverría. *Manual de aplicación... Óp. cit.*, pp. 56 y 57.

Capítulo III: Necesidad de reformar el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal

3.1 Derecho comparado

Es de suma importancia comparar la legislación de otros ordenamientos jurídicos con respecto a la pena que establecen los mismos para con el delito que atenta contra los animales de vida Silvestre, la definición que Pedro Fernández de Córdova, cumple en su totalidad la finalidad de este capítulo, ya que manifiesta que el derecho comparado es la “ciencia que se ocupa de la confrontación de derechos, con miras a establecer una sola Legislación en el mundo”, en simples palabras, es la aplicación del método comparativo al estudio del Derecho⁹¹.

En cuanto a la legislación que he escogido para tema de análisis, se encuentra el caso de Colombia y Perú que son los países más cercanos al Ecuador y que comparten la misma característica en cuanto a su fauna y flora; tienen el privilegio compartido de ser catalogados como países ricos en fauna y flora silvestre.

Encuentro imprescindible incorporar las legislaciones de los mismos. Puesto que estos países tienen un tipo penal con una sanción adaptada a los principios ambientales que sostiene el Derecho Internacional.

En el caso de Colombia el delito se encuentra tipificado en el Art. 328 del Código Penal Colombiano el mismo que prescribe lo siguiente:

Artículo 328. Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables.

[Modificado por el artículo 29 de la ley 1453 de 2011] El que con incumplimiento de la normatividad existente se apropie, introduzca, explote, transporte, mantenga, trafique, comercie, explore, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, biológicos o genéticos de la biodiversidad colombiana, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48)

⁹¹ Pedro Fernández de Córdova. *Estudios de Derecho Comparado*. Quito; Pudeleco editores S.A., 1997, pp. 24- 26.

a ciento ocho (108) meses y multa hasta de treinta y cinco mil (35.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando las especies estén categorizadas como amenazadas, en riesgo de extinción o de carácter migratorio, raras o endémicas del territorio colombiano.⁹²

Como se observa claramente en esta legislación la pena mínima es de 4 años, la misma que sostiene el derecho internacional, y como máxima 9 años. A pesar de que Colombia no tiene una Constitución en la que se reconoce a la Naturaleza como sujeto de derecho, su legislación ofrece mayor protección a la fauna y flora silvestre que son parte de la naturaleza y por ende del medio ambiente; el mismo que el Estado está en la obligación de proteger y preservar, podemos decir por simple lógica que Colombia por medio de sus instrumentos legales internos, sí está cumpliendo su obligación internacional de adaptar mecanismos de cumplimiento de las recomendaciones internacionales a comparación con el Ecuador.

De igual manera, se puede observar lo antes dicho en la legislación peruana, en el Código Penal Peruano en los artículos 308-A, 308-C y 309:

Artículo 308-A.- Tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre protegidas

Será reprimido con pena privativa de libertad *no menor de tres años ni mayor de cinco años* y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa, el que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta productos o especímenes de especies acuáticas de la flora y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional bajo cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Sin un permiso, licencia o certificado válido.□
2. En épocas, cantidades, talla o zonas que son prohibidas o vedadas [*cursivas son más*].⁹³

Artículo 308-C.- Depredación de flora y fauna silvestre protegida

El que caza, captura, colecta, extrae o posee productos, raíces o especímenes de especies de flora y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, sin contar con la concesión, permiso, licencia o autorización u otra modalidad de aprovechamiento o extracción, otorgada por la autoridad competente, será reprimido

⁹² Código Penal Colombiano. Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000.

⁹³ Código Penal Peruano. El Peruano, 13 de diciembre de 1991.

con pena privativa de libertad *no menor de tres años ni mayor de cinco años* y con cincuenta a cuatrocientos días-multa [cursivas son mías].⁹⁴

Artículo 309.- Formas agravadas

En los casos previstos en los artículos 308, 308-A, 308-B y 308-C, la pena privativa de libertad será *no menor de cuatro años ni mayor de siete años* cuando el delito se cometa bajo cualquiera de los siguientes supuestos: (cursivas son mías)

1. Cuando los especímenes, productos, recursos genéticos, materia del ilícito penal, provienen de áreas naturales protegidas de nivel nacional o de zonas vedadas para la extracción de flora y/o fauna silvestre, según corresponda.
2. Cuando los especímenes, productos o recursos genéticos materia del ilícito penal, provienen de las reservas intangibles de comunidades nativas o campesinas o pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial, según corresponda.
3. Cuando es un funcionario o servidor público que omitiendo funciones autoriza, aprueba o permite la realización de este hecho delictivo en su tipo básico, o permite la comercialización, adquisición o transporte de los recursos de flora y fauna ilegalmente obtenidos.
4. Mediante el uso de armas, explosivos o sustancias tóxicas.⁹⁵

Se aprecia de igual manera que el mínimo de la pena es no menor a 3 años, recalcando que en nuestra legislación el máximo es de 3 años, por lo que de igual manera en el Perú se está acatando las disposiciones internacionales que solicitan un verdadero compromiso por parte de los Estados. Entonces se podría afirmar que Perú sí cuenta con la legislación interna que acata esta disposición y así no deja vulnerables a especies que son víctimas de tráfico, caza, pesca, transporte y que en general sean víctimas de la manipulación del hombre con fines onerosos o con el fin de causar un daño. Ya que se puede afirmar que en este delito solamente se puede hablar de dolo.

Inclusive en esta legislación se da un máximo de 7 años cuando se incurre en agravantes que se encuentran establecidas en el artículo 309, esta figura de “agravantes” el Ecuador no adapta en su legislación, con la reforma en el COIP, las agravantes que se tipificaban en el Código Penal como el uso de explosivos fueron eliminadas.

La pena que establece México para los delitos que atentan contra la fauna silvestre es de 1 a 12 años de prisión, el delito se lo sanciona de la siguiente manera:

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ *Ibíd.*

Artículo 414.- Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión al que ilícitamente, o sin aplicar las medidas de prevención o seguridad, realice actividades de producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, desecho, descarga, o realice cualquier otra actividad con sustancias consideradas peligrosas por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas, lo ordene o autorice, que cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente.

La misma pena se aplicará a quien ilícitamente realice las conductas con las sustancias enunciadas en el párrafo anterior, o con sustancias agotadoras de la capa de ozono y cause un riesgo de daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente.

En el caso de que las actividades a que se refieren los párrafos anteriores, se lleven a cabo en un área natural protegida, la pena de prisión se incrementará hasta en tres años y la pena económica hasta en mil días multa, a excepción de las actividades realizadas con sustancias agotadoras de la capa de ozono.

Cuando las conductas a las que se hace referencia en los párrafos primero y segundo de este artículo, se lleven a cabo en zonas urbanas con aceites gastados o sustancias agotadoras de la capa de ozono en cantidades que no excedan 200 litros, o con residuos considerados peligrosos por sus características biológico-infecciosas, se aplicará hasta la mitad de la pena prevista en este artículo, salvo que se trate de conductas repetidas con cantidades menores a las señaladas cuando superen dicha cantidad⁹⁶.

En lo relativo a la pena privativa de la libertad, la legislación mexicana es un gran ejemplo. Se evidencia claramente la amplia protección que tiene el bien jurídico protegido y como se aplica al momento de imponer la pena privativa de la libertad, el principio de proporcionalidad y progresividad.

En cuanto a legislaciones fuera del continente americano, me parece importante destacar a España. En el Código Penal Español se tipifica el delito de la siguiente manera:

Art. 334: 1. El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, o destruya o altere gravemente su hábitat, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, o comercie o trafique con ellas o con sus restos, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por

⁹⁶ Código Penal Federal. Artículo 414. Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931. Última reforma 26 de junio del 2017.

tiempo de dos a cuatro años. 2. La pena se impondrá en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.⁹⁷

En esta legislación se puede observar que el mínimo para actos ilícitos en contra de las especies en peligro de extinción es de 4 años, por lo que se puede afirmar que el estándar internacional se cumple una vez más en legislaciones internacionales, pero no en la ecuatoriana.

3.2 Propuesta de reforma legal

Después de haber realizado el análisis respectivo al delito materia de este trabajo de titulación, se concluye innegablemente que existe una necesidad social y jurídica de reformar el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal, con el propósito de incrementar la sanción que prevé el mencionado artículo. El fundamento legal para la propuesta de reforma, se sostiene básicamente en la incorporación de los principios ambientales contemplados tanto en la Constitución como en los Tratados y Convenios Internacionales.

Con la reforma de ley se busca que la relevancia constitucional otorgada al ambiente se refleje a cabalidad en la legislación penal. Por esta razón el régimen punitivo debe ser prolijo y cumplir sus fines. Siguiendo esta lógica, me permito incluir en presente capítulo la Reforma al Código Orgánico Integral Penal que pretende modificar la sanción del tipo penal tipificado en el artículo 247 del mencionado cuerpo legal, para que solo de esta manera exista proporcionalidad entre el daño causado y el delito.

Propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal

1) Sustitúyase el artículo 247 por el siguiente:

“Artículo 247.- Delitos contra la flora y fauna silvestres. -

La persona que cace, pesque, capture, recolecte, extraiga, tenga, transporte, trafique, se beneficie, permute o comercialice, especímenes o sus partes, sus elementos

⁹⁷ Código Penal Español. Artículo 344. Boletín Oficial del Estado No. 281, de 24 de noviembre de 1995.

constitutivos, productos y derivados, de flora o fauna silvestre terrestre, marina o acuática, será sancionada con pena privativa de libertad de 2 a 5 años.

La pena será de prisión de 5 a 7 años si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. El hecho se cometa en período o zona de producción de semilla o de reproducción o de incubación, anidación, parto, crianza o crecimiento de las especies.
2. El hecho se realice dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.
3. Si se trata de especies amenazadas, en peligro de extinción o migratorias, listadas a nivel nacional por la Autoridad Ambiental Nacional, así como instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado; o,
4. El hecho se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas.”

3.2.1 Justificación para el incremento de la pena privativa de la libertad de 2 a 5 años.

Como se ha podido constatar a lo largo de este trabajo de investigación, la pena privativa de libertad establecida como sanción en el delito tipificado en el artículo 247 del COIP, primero no es proporcional, segundo no cumple con lo que establece la ONU; al exigir a los Estados que sancionen el delito contra la vida silvestre como grave, tercero no cumple con los fines de la pena; que es el de disuadir a los posibles infractores de cometer el delito, cuarto no cumple con el principio de no regresión y quinto no existe coherencia con lo que ordena la Constitución ecuatoriana con el COIP; puesto que mientras la Constitución es garantista y establece que el ambiente es objeto de protección, restauración y preservación, el COIP establece una sanción baja para la gravedad del delito.

Existen delitos que se sancionan con una pena similar a la establecida en el artículo 247 del COIP, en donde cabe recalcar que el bien protegido es el ambiente. Un claro ejemplo es el delito tipificado en el artículo 163⁹⁸ del mismo cuerpo legal, el que establece una pena de 6 meses a dos años para las personas que simulen su secuestro.

⁹⁸ **Artículo 163.- Simulación de secuestro.** - La persona que simule estar secuestrada, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Otro ejemplo, es el delito tipificado en el artículo 381⁹⁹, que establece una pena de 6 meses a 1 año por llevar a más pasajeros de lo debido en el transporte público (situación que se observa a diario). El delito de tráfico de moneda¹⁰⁰ tiene la misma sanción penal, en este delito se establece una pena de 1 a 3 años a la persona que circule moneda falsa.

Estos delitos no son considerados como graves bajo los parámetros internacionales, y a pesar de esto, la pena es similar a la establecida para el delito que atenta contra la vida silvestre, contra el ambiente; que cuenta con protección internacional y constitucional.

Es por esta razón, que incrementar la pena de 2 a 5 años podrá reflejar la importancia del bien jurídico protegido. Existirá proporcionalidad entre la infracción cometida y la pena, así como se respetará los parámetros internacionales que establecen que el delito que atenta contra la vida silvestre debe ser considerado como grave.

En caso de que se cometa el delito en período o zona de producción de semilla o de reproducción o de incubación, anidación, parto, crianza o crecimiento de las especies, el hecho se realice dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o se trate de especies amenazadas o en peligro de extinción, he propuesto que se incremente en 2 años la pena. Esto se justifica porque el daño que se ocasionaría sería mucho mayor y la sanción debe ser proporcional al daño.

He tomado en cuenta el capítulo cuarto del COIP, denominado “□Delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama”, con el fin de establecer un incremento razonable en la pena del artículo 247, puesto que las sanciones referentes a la privación de libertad se encuentran establecidas en un rango de 1 a 10 años.

Por lo antes expuesto, una sanción de 2 a 5 años y de 5 a 7 años en caso de que se cometa el delito en las circunstancias antes descritas, se encuentra dentro de la media

⁹⁹ **Artículo 381.- Exceso de pasajeros en transporte público.** - La persona que conduzca un vehículo de transporte público, internacional, intrarregional, interprovincial, intraprovincial con exceso de pasajeros, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año, suspensión de la licencia de conducir por el mismo plazo.

¹⁰⁰ **Artículo 304.- Tráfico de moneda.** - La persona que introduzca, adquiera, comercialice, circule o haga circular moneda adulterada, modificada o falseada en cualquier forma, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años

sin perjudicar la proporcionalidad entre el daño ocasionado y la sanción penal.

Conclusiones

Después de la realización de este trabajo de titulación se obtienen las siguientes conclusiones:

1.- El progresivo desarrollo tecnológico, el crecimiento poblacional, el consumismo masivo, y el crecimiento de los mercados negros han venido incrementado alarmantemente el peligro del cual siempre ha sido víctima el medio ambiente y todos los elementos que lo componen; es decir la fauna y flora Silvestre y los ecosistemas.

2.- Desde años atrás una conciencia ambiental ha tomado lugar a nivel internacional. En los años ochenta se adopta la Carta mundial de la Naturaleza que es fuente de derecho y en los años noventa se reúnen en RIO los diferentes países para adoptar medidas para el desarrollo del medio ambiente, en esta cumbre se enfocó como enlazar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente. Y se crea el principio de desarrollo sostenible que es básicamente el uso racional de los recursos naturales. Esta conciencia ecológica ha ido incrementando con los años y en la actualidad en nuestro país tenemos una Constitución que refleja un verdadero compromiso con la protección del medio ambiente, pero así mismo nos encontramos con un Código Orgánico Integral Penal que no incluye en la determinación de la pena esta preocupación que es de índole internacional.

3.- Históricamente, la potestad sancionadora en materia ambiental estuvo reservada al ámbito administrativo. Pero la sanción administrativa se ha mostrado insuficiente. Ello provocó que la preocupación por el medio ambiente sea mayor y que se opte por otros medios legislativos de protección para el medio ambiente. La intervención del Derecho Penal ha sido necesaria para que se dé una mayor protección al medio ambiente. Esto se dio a nivel internacional ya que la mayoría de países por no decir todos, en sus códigos penales tienen tipificados los delitos contra la naturaleza.

4.- La pena debe ser proporcional al delito cometido, ya que el fin no es sancionar por sancionar, por lo que no sería lógico sostener una pena alta para un delito leve. Que evidentemente, no es el caso.

5.- El derecho penal en el Ecuador trata al delito que atenta contra la fauna silvestre con poca seriedad y compromiso, ya que a pesar de que el bien jurídico que se busca proteger con la tipificación del delito es la vida silvestre, la sanción no es proporcional, y con la reforma del COIP la pena bajo en 1 año; se evidencia con esto, que la pena es regresiva, y ocasiona una disminución en cuanto a la protección del bien jurídico.

6.- En materia penal, el fin de la pena es la prevención del delito, dejando los temas formalistas, la sociedad necesita subsistir y para ello se requiere un orden por parte del Estado, en donde se sancionen a las personas que transgredan las normas que pongan en peligro o en riesgo la armonía en las que todos los ciudadanos vivimos. La pena de igual manera sirve como ejemplo, para que los posibles transgresores desistan de cometer el delito, puesto que tendrán que asumir la pena respectiva y proporcional al delito.

7.- Los principios ambientales e internacionales no se cumplen en la tipificación del delito. El principio de progresividad que rige al derecho ambiental es notoriamente eludido y los principios internacionales siguen esa lamentable realidad.

8.- La necesaria reforma al artículo 247 del COIP es urgente, ya que es necesario que toda norma infra constitucional guarde relación con la Constitución ecuatoriana.

Bibliografía

- Aboso, Gustavo Eduardo. *Derecho Penal Ambiental*. Montevideo: Bdef, 2016.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Biodiversidad en el Ecuador. <http://www.biocomercioecuador.ec/biocomercio-en-el-ecuador/biodiversidad-en-el-ecuador> Acceso (05/01/2017).
- Bonesana, Cesar. *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta, 1999.
- Canosa Usera, Raúl. *Constitución y medio ambiente*, Madrid: Ciudad Argentina, 2000.
- Casabene de Luna, Sandra Elizabeth. *Nociones fundamentales sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Castro Moreno, Abraham. *El Por qué y el para qué de las penas*. Madrid: Dykinson, 2008.
- Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. Quito: Ed. V&M Gráficas, 2008.
- Crespo Plaza, Ricardo *Algunos casos de retrocesos en la legislación ambiental del Ecuador*. <https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/derechoAmbiental/principio%20de%20no%20regresion%20ambiental%20en%20iberoamerica.pdf> (acceso 10/11/16).
- Echeverría, Hugo. *Manual de aplicación del derecho penal ambiental como instrumento de protección de las áreas naturales en Galápagos*. Quito: ProJusticia y Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.
- Edgardo Alberto Donna. *Teoría del delito y de la pena*. 2a. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- El Telégrafo. *La rana de cristal, una nueva especie hallada en Ecuador*. <http://www.eltelgrafo.com.ec/noticias/sociedad/4/la-rana-de-cristal-una-nueva-especie-hallada-en-ecuador>
- Esáin, José Alberto. *El principio de progresividad en materia ambiental*. http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2414

- Fernández Carrasquilla, Juan. *Principios y Normas del Derecho Penal*. Bogotá: Leyer, 1998.
- Pedro Fernández de Córdova. *Estudios de Derecho Comparado*. Quito; Pudeleco Editores S.A., 1997
- Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*. Madrid: editorial Trotta, 2005, p. 209.
- Gamero, Ana. *Peru Rescues Galapagos Tortoises From Traffickers*. <http://www.peruthisweek.com/news-peruvian-rescues-galapagos-tortoises-from-traffickers-111575> (acceso: 21/05/17).
- Hassemer, Winfried, “*Perspectivas del Derecho penal del futuro*”. *Revista Penal*, No.1 (1998), p. 38.
- Informe Brundland*. Nueva York: ONU, 1987.
- Jaquenod de Zsögön, Silvia. *Iniciación al Derecho Ambiental*. Madrid: Dykinson, 1996, pp. 221-222.
- Lesch, Heiko H. *La función de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Ministerio del Ambiente. http://www.ambiente.gob.ec/cinco-sentenciados-a-un-ano-de-prision-por-trafico-de-vida-silvestre/_Acceso (05/01/2017).
- Ministerio del Medio Ambiente. *Protege Ecuador*. <http://www.ambiente.gob.ec/11699/> (acceso: 17/01/17)
- Mir Puig, Santiago. *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Tirant Lo Blanch, 1998.
- Missouri Botanical Garden. *Catálogo de plantas Vasculares en Ecuador*. <http://www.mobot.org/MOBOT/research/ecuador/resultssp.shtml>. (acceso 05/01/2017).
- Pacheco, Mauricio Enrique. *Fundamentos del derecho penal en el Ecuador*. Quito: El Fórum, 2015.
- Pastorino, Leonardo Fabio. *El Daño al Medio Ambiente*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- Peña Chacón, Mario (ed.). *El Principio de No Regresión Ambiental en Iberoamérica*. <https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/derechoAmbiental/principio%20de%20no%20regresion%20ambiental%20en%20iberoamerica.pdf> (acceso 10/11/16).
- Peña Chacón, Mario. “Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 3, febrero 2012.

Peña Chacón, Mario. El Principio de No Regresión Ambiental en el Derecho Comparado Latinoamericano. https://cmsdata.iucn.org/downloads/principio_no_regresion8.pdf (acceso 10/11/16).

Rosatti, Horacio D. *Derecho Ambiental Constitucional*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2007.

Roxin, Claus. *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981.

Viveros Gaviria, Elsy Henry et al. *Lecturas sobre Derecho de Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

Zoológico de Quito. *Tráfico de fauna silvestre*. <http://www.quitozoo.org/index.php/23-modulo-derecha/52-traffic-de-fauna-silvestre> (acceso 05/11/16).

Plexo normativo

Código Orgánico Integral Penal. Artículo 247 inciso final. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014

Código Penal Colombiano. Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000.

Código Penal Ecuatoriano. Artículo 437-F. Registro Oficial No. 2 de 25 de enero de 2000.

Código Penal Federal. Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931

Código Penal Peruano. El Peruano, 13 de diciembre de 1991.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (1973). Artículo 1.

Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre. Artículo 107. Registro Oficial Suplemento No. 418 de 10 de septiembre de 2004.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (2000).

