

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

La Responsabilidad Penal en los delitos
ambientales mediante el incremento
de las penas establecidas en los
artículos 437 A – 437 J del Código
Penal.

María Gracia Pazmiño

Director de Tesis:
Dr. Ricardo Crespo

Quito, agosto de 2011

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“La responsabilidad penal en los delitos ambientales mediante el incremento de las penas establecidas en los artículos 437 A- 437 J del Código Penal”

MARIA GRACIA PAZMIÑO PASQUEL

Dr. Xavier Andrade Castillo

Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Ricardo Crespo Plaza

Director de Tesis

Dr. Hugo Echeverría Villagomez

Delegado del Decano e Informante

Dr. Fabián Corral

Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, 7 de diciembre de 2011

© Derechos de Autor

María Gracia Pazmiño

2011

Resumen.-

El presente trabajo tiene por objetivo el advertir al lector, sobre la necesidad de reformar los artículos 437 A al 437 J del Código Penal ecuatoriano, los cuales se encargan de sancionar las conductas que atentan en contra del medio ambiente. Tras un largo análisis de las nociones fundamentales del Derecho Ambiental, del Derecho Penal y de la Constitución vigente, se determina que es imperante que el legislativo reforme dichas normas, para que encuentren concordancia con la Norma Fundamental y para que las penas al ser incrementadas, cumplan su rol preventivo.

Abstract.-

The present work aims to warn the reader about the need to amend Articles 437 A to 437 J of the Criminal Code, which are responsible for behaviors that threaten sanctions against the environment. After a lengthy analysis of the fundamental concepts of Environmental Law, Criminal Law and the Constitution in force, is determined to be necessary that the legislative reform of these rules, to find agreement with the fundamental law and ensure that the penalties to be increased fulfill their preventive role.

Índice

Introducción	1
<i>CAPÍTULO 1.- Parte General</i>	
1.1. Nociones generales de derecho ambiental.....	4
1.2. Principios generales del Derecho Ambiental.....	6
1.3. Fuentes del Derecho Ambiental Internacional	8
1.4. El Ambiente en la nueva Constitución de la República	17
1.5. La naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de la República	21
1.6. El Derecho Penal Ambiental como mecanismo para proteger el ambiente	44
1.7. El Derecho Penal Ambiental. Definición	48
<i>CAPÍTULO 2.- Nociones Generales de Derecho Penal</i>	
2.1. ¿Qué es un delito?.....	49
2.2. Elementos jurídicos del delito	53
2.2.1. Los sujetos en un delito penal.....	53
2.2.2.. Las personas jurídicas como sujetos activos del delito	54
2.2.3. Los sujetos pasivos en el delito	57
2.3. ¿Qué es un delito ecológico?	58
2.4. La culpa en los delitos ecológicos	59
2.5. Los delitos de peligro	61
2.6. Los delitos de peligro concreto y peligro abstracto.....	66
2.7. Los delitos de peligro abstracto-concreto.....	68
2.8. Las leyes penales en blanco en materia ambiental	69

CAPÍTULO 3.- Eficacia de los tipos penales contenidos en el Capítulo X-A del Código Penal

3.1. Análisis de los artículos 437 A al 437 K del Código Penal para ver su eficacia y aplicabilidad en la práctica	73
3.2. Tipo de peligro en los artículos 437 A al 437 K, inconsistencias, remisión a leyes y debilidad en las sanciones.....	73
3.3. Jurisprudencias nacionales en aplicación a las normas analizadas.....	82
3.3.1. Suspensión de las actividades mineras. José Parrales Cedeño v. Municipio del Cantón Naranjito.....	83
3.3.2. Protección de animales silvestres. Fiscalía del Distrito de Cotopaxi v. Carlos Estuardo Vásconez.....	86
3.3.3. Acción por contaminación del agua, aire y suelo. Comuna Tsáchila Peripa v. Juan Rivadeneira en Representación de la Empresa PRONACA.....	91
3.4. Antecedente importante en el Derecho Penal Ambiental.....	96
3.5. Conclusión.....	96

CAPÍTULO 4.- Proyecto de reforma de los Artículos 347 A al 347 J

4.1. El aumento de las penas en los delitos ambientales	98
4.2. La proporcionalidad en el aumento de las penas.....	99
4.3. Legislación comparada	103
4.3.1. Legislación penal ambiental en México	105
4.3.2. Legislación penal ambiental en Brasil.....	106
4.3.3. Legislación penal ambiental en Venezuela	108
4.4. Propuesta de reforma de los artículos 437 A al 437 J	110

CAPÍTULO 5.- Conclusiones

Generales	118
Específicas	120
BIBLIOGRAFÍA	12

Introducción.-

La contaminación ambiental y el uso no sustentable de los recursos naturales, es uno de los mayores problemas a nivel mundial. Involucra las políticas públicas, económicas y sociales de los Estados, en los que existe un profundo sentimiento de insatisfacción frente al daño que se produce anualmente en el planeta. Para eso se han creado diferentes mecanismos legales internacionales, así como las reglas jurídicas internas de los propios Estados, que han permitido que exista consenso y cooperación entre los miembros de la comunidad internacional, de modo que se logre mitigar el daño ambiental y conservar los ecosistemas del mundo.

En el Ecuador, la Constitución vigente en el artículo 10 establece que la naturaleza es sujeto de derechos, con esto, lo que se pone en relevancia es la facultad de exigir los derechos del medio ambiente ante los organismos jurisdiccionales en base a los principios ambientales fundamentales de: precaución, protección y restauración.

En adición a lo que se establece en la Norma Fundamental, existen otras normas especiales vigentes, que permiten también proteger la naturaleza. Así por ejemplo, los Instrumentos Internacionales suscritos por el Ecuador en materia ambiental, los cuales exponen: principios, establecen objetivos para regular y controlar, aspectos referentes a la ecología y al entorno ambiental.

La Ley de Gestión Ambiental, señala reglas administrativas que otorgan al Ministerio del Ambiente la rectoría sobre el Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental. Entre otras cosas, esta ley determina que se deben realizar los pertinentes estudios de impacto ambiental, para toda obra, pública, privada o mixta; además promueve la iniciativa de todos los ciudadanos, para que intervengan en los procesos de exigibilidad de los derechos de la naturaleza, cuando éstos se vean comprometidos. El TULAS (Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundario), contiene algunos reglamentos a la Ley de Gestión Ambiental en el libro VI y en sus anexos se fijan límites de contaminación para aquellas actividades que impliquen un posible peligro para el ambiente y los ecosistemas.

Por otro lado, la norma penal es otro de los mecanismos que han sido creados para precautelar la naturaleza, pero cabe resaltar, que estas leyes tienen un carácter subsidiario. Esto quiere decir, que si bien hay normas como la Ley de Gestión ambiental, las cuales también prevén sanciones administrativas para los infractores, el Código Penal en el Capítulo X-A, tipifica estas conductas atentatorias en contra del medio ambiente y las sanciona.

En el presente trabajo, se hace un análisis exhaustivo de estas normas penales ambientales, las cuales sancionan conductas atentatorias o trasgresoras en contra del medio ambiente. Estos tipos penales, presenta una infinidad de acciones nucleares, con penas mínimas las cuáles no logran modificar las conductas de los individuos. En consecuencia, los bienes jurídicos protegidos como: la naturaleza, la salud y la vida de las personas pueden verse seriamente comprometidos.

Por eso, en el primer capítulo de esta tesina, se revisarán ciertas nociones y principios generales del Derecho Ambiental, que permitan situar al lector en la esfera del Derecho Ambiental Penal, que como ya se dijo, engloba todas las normas

que sancionan penalmente, valga la redundancia, a los infractores que contaminan fuera de los límites establecidos por las leyes.

El segundo capítulo se refiere a la Teoría General del Delito a breves rasgos, sobre los elementos del tipo, la imputabilidad de los sujetos, las personas jurídicas en los delitos ambientales, los delitos de peligro y su clasificación. Dentro del análisis de los delitos de peligro se observará por qué los tipos penales ambientales son por excelencia peligrosos, contra qué bien jurídico protegido atentan, etc. Finalmente en el mismo capítulo se examinarán las leyes penales en blanco y su remisión a reglamentos en materia ambiental.

En el tercer capítulo, se realizará un análisis sobre los tipos penales que constan dentro del Capítulo X-A del Código Penal; se verá el tipo de peligro al que pertenecen, sus ambigüedades, inconsistencias y su practicidad. De esta forma, se podrá determinar si son eficientes en la práctica. Así mismo, se revisarán algunas sentencias, en las que se han aplicado estos artículos, las cuales ayudarán a determinar la eficacia de estas normas en la práctica.

A lo largo de esta tesis, se intentará verificar si es necesaria la reforma de estas normas penales, por lo que en el último capítulo se revisa la proporcionalidad en las penas desde un plano jurídico y constitucional. Adicionalmente, se revisará cómo se han aplicado éste tipo de normas penales ambientales legislaciones como: en Brasil, México y Venezuela; es conveniente tener como referencia a países latinoamericanos que tienen un sistema similar al que se maneja en el Ecuador, con igual o más naturaleza que tutelar.

Es importante analizar si los tipos penales que se encargan de tutelar el bien jurídico protegido, naturaleza, cumplen con el rol de protección y conservación, que la Constitución vigente impone. Es indispensable establecer, si estas normas son efectivas o si por el contrario, se hace necesaria una reforma que aumente las penas por ser arcaicas y poco eficientes.

CAPÍTULO 1.- Parte General.

1.1. Nociones generales de derecho ambiental.-

El análisis de las normas penales que se encargan de sancionar por los actos ilícitos que se cometen en contra de la naturaleza, tienen como antecedente las normas, reglamentos y Convenios Internacionales suscritos por el Ecuador en materia ambiental. Sin embargo, antes de entrar al estudio de dichas normas, es recomendable hacer una revisión breve de la etimología ambiental con el fin de comprender mejor determinados conceptos y así redirigir esta investigación hacia lo que nos ocupa en esta tesis.

El Derecho Ambiental es una ciencia relativamente nueva para el derecho, que consiste en un conjunto de normas y reglamentos que ayudan a cuidar el medio donde vivimos de modo que exista armonía entre los componentes de la naturaleza y el hombre, con el fin de que perdure para las generaciones presentes y futuras. La definición más adecuada para este tema, es la que nos presenta el autor Mario Larrea Andrade, para quién el Derecho Ambiental es:

[...] Una nueva rama del Derecho que engloba una serie de leyes y normas que regulan la conducta humana en interacción con el medio ambiente. Por su naturaleza, es una ciencia en desarrollo que día a día alcanza mayor trascendencia por el carácter global de la actividad económica y el rápido deterioro del medio ambiente que tiende a agravarse incluso poniendo en peligro la propia supervivencia de la humanidad.¹

Estas leyes buscan mejorar, controlar, regular las conductas y la interacción que tiene el ser humano con la naturaleza, las cuales han deteriorado substancialmente la naturaleza, poniendo en riesgo no solo la vida de los diferentes ecosistemas y sus componentes, sino también la calidad de vida del hombre y por ende, la salud humana.

Ante esta situación, el mismo autor nos dice que:

Como respuesta a estas situaciones la comunidad internacional desde hace más de tres décadas tomó consciencia de la importancia de establecer una serie de principios, políticas y normas, que sean adoptadas por los estados, lo que a la postre se ha constituido en el origen de lo que se conoce hoy como “Derecho Ambiental”.²

¹ M. Larrea Andrade. *Derecho Ambiental Ecuatoriano*. Quito: EDI- LEGALES, 2008, p. 5.

² Ibid. p. 6.

Las medidas adoptadas por los Estados en materia ambiental se transformaron en diferentes Instrumentos Internacionales como: Conferencias, Convenios, Tratados, etc. En los cuales se develan los principios fundamentales de Derecho Ambiental y han servido de guía para crear codificaciones especiales internas de Gestión y cuidado Ambiental.

De igual forma, el autor Pedro Fernández Biterlich nos dice que el Derecho Ambiental es:

Un conjunto de principios, leyes, normas y jurisprudencia que regulan la conducta humana dentro del campo ambiental entendido como un sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química, biológica o socioculturales en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.³

Así pues, el Derecho Ambiental es la respuesta del ser humano a proteger su entorno natural y evitar que su degradación sea progresiva e irreversible. Sin duda, el hombre ha sido el principal trasgresor de la naturaleza, muchas de sus conductas acarrearán daños irreversibles. Las normas ambientales son un instrumento substancial para las autoridades, en el sentido de que les permita controlar, mejorar y mitigar los daños, modificar las conductas de la gente y crear una consciencia social de protección y conservación de la naturaleza.

Los problemas ambientales de los países en vías de desarrollo se han asociado esencialmente: a lo económico porque existe mucha producción y poco control de la contaminación; a lo político porque existen intereses individuales que impiden la implementación de políticas públicas para el buen manejo de recursos que sean amigables al ambiente; y a lo social, pues existe un considerable crecimiento poblacional y de pobreza, los cuales contribuyen emblemáticamente a la contaminación.

En el Ecuador por ejemplo, observamos estos tres problemas de forma muy marcada, porque no existen suficientes recursos económicos que permitan el desarrollo integral de las políticas públicas, así como tampoco existe el interés por parte de las autoridades competentes para hacer cumplir las normas ambientales y

³ P. Fernández Biterlich. *Manual de Derecho Ambiental Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2da Edición, 2004, p. 61.

finalmente existe una deficiencia en la educación en las personas, de modo que es complejo el implementar una noción de cuidado y respeto de la naturaleza.

Por otro lado, nuestro país cuenta con un gran número de grupos indígenas y pueblos ancestrales, quienes son los más conscientes sobre el respeto y la importancia que tiene la naturaleza para la vida del hombre en el planeta. Esa misma visión es la que comparte la Constitución vigente, y le corresponde al Estado como deber primordial el cumplir con estas exigencias, así como con toda legislación interna e instrumento internacional con el fin único de proteger el medio ambiente.

1.2. Principios generales del Derecho Ambiental.-

A continuación se mencionan los principios fundamentales del Derecho Ambiental sobre los que asienta este Derecho que tiene tanta importancia. Citando a Pedro Fernández Bitterlich:

a) Principio de soberanía: responde al derecho soberano de los Estados a explotar y adoptar las acciones de protección de sus recursos naturales. Según la Declaración de Estocolmo de las Naciones Unidas, Principio 21 “los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”. De acuerdo con el Principio 22 contenido en la Carta Mundial de la Naturaleza (1982), se reafirma el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturaleza, para lo cual, cada Estado deberá aplicar las disposiciones de dicha Carta por conducto de sus órganos competentes y en cooperación con los demás Estados. El principio “de soberanía”, es concordante con el principio segundo de la Declaración de Río adoptada con motivo de la Reunión “Cumbre de la Tierra” sobre Desarrollo y Medio Ambiente organizada por las Naciones Unidas en el año de 1992, al ratificar que: “los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de velar porque las actividades no causen daños al ambiente de otros Estados.” Los principios aludidos, reconocen el derecho soberano de los Estados a explotar sus recursos, sin embargo, tienen que hacerlo aplicando normas, políticas y acciones que tengan como propósito el preservar el medio ambiente.⁴

b) Principio de Desarrollo Sustentable: ratifica el criterio que la protección del medio ambiente es parte integrante del proceso de desarrollo, por lo que les corresponde a los Estados reducir y eliminar modalidades de producción y consumo insostenible.⁵

c) El Principio Contaminador Pagador: expresado en la frase “el que contamina paga”. Este principio se evidenció en la Declaración de Founex sobre el Desarrollo y Medio

⁴ Supra Nota 3. p. 78.

⁵ Supra Nota 3. p. 78.

Ambiente (1971), al señalar que “la empresa deberá asumir la responsabilidad en el medio ambiente.”⁶

d) El principio precautorio: Conforme se establece en el principio 16 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, con el fin de proteger el medio ambiente, “los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.” La prevención es una de las características de un sano manejo del ecosistema a fin de evitar daños posteriores. El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestre y su hábitat que se encuentren actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza.⁷

Los principios de Derecho Ambiental provienen de los diferentes Instrumentos Internacionales en la materia, estos a su vez, se acoplan una universalidad legislativa que se promulga en cada Estado. El principio de soberanía consiste en la potestad que tiene cada Estado para explotar sus recursos renovables y no renovables de la manera que más conveniente en base al bien común; así como promulgar y expedir toda norma apropiada para proteger y defender los recursos naturales. Este principio tiene origen en Instrumentos como la Declaración de Estocolmo, la Carta Mundial de la Naturaleza y la Declaración de Río.

El principio de desarrollo sustentable dice que corresponde a cada Estado la eliminación de producción masiva para la implementación de planes de desarrollo sostenible que permitan proteger el ambiente y los recursos para las generaciones presentes y las futuras.

El principio Contaminador- Pagador como su nombre lo indica es aquel que establece la responsabilidad de los agentes frente a los daños que se producen como consecuencia de una actividad contaminante, por ende las empresas son responsables de pagar y reparar el daño ambiental.

Finalmente el principio precautorio, en él se establece todos los mecanismos normativos y sancionatorios que deben aplicar los Estados, para impedir la degradación y tutelar el medio ambiente. Así mismo se determina que por este

⁶ Supra Nota 3. p. 79.

⁷ Supra Nota 3. p. 79.

principio el hombre es el custodio principal del patrimonio natural, por ende, toda política pública debe involucrar necesariamente a los ciudadanos.

En el Ecuador, los cuatro principios mencionados se encuentran primordialmente: en la Constitución de la República, donde también se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, la Ley de Gestión Ambiental, el Texto Unificado de Legislación Ambiental Unificado que es un reglamento a la Ley de Gestión Ambiental, la Ley Forestal y el Código Penal que tipifica conductas prohibidas en contra del ambiente.

1.3. Fuentes del Derecho Ambiental Internacional.-

Las fuentes de Derecho Ambiental Internacional son de especial relevancia en especial si se están revisando temas puntuales sobre esta materia. Estos son básicamente una recopilación importante de los principios ambientales recogidos en Tratados y Convenios Internacionales sobre Derecho Ambiental que han trascendido por el interés de cada Estado en proteger el medio ambiente.

Mario Larrea Andrade nos dice que:

Este *corpus iuris* se compone de normas a las que la doctrina denomina como “hard law” (p. ej. Convención sobre Diversidad Biológica), por su efecto vinculante, y “soft law” (p. ej. Declaración de Río), por la ausencia de un efecto vinculante y un componente declarativo y programático.⁸

En el mismo sentido del “soft law” y el “hard law”, Eva Rubio Fernández⁹ nos dice que:

El derecho internacional, el medio ambiente se ha ido conformando alrededor de parámetros jurídicos peculiares pues se ha construido como un sector del ordenamiento como un núcleo de normas que comportan verdaderas obligaciones (hard law), rodeado mayoritariamente por un conjunto de normas flexibles de formulación ambigua y altamente general (soft law).

El “soft law” es un derecho dúctil o maleable, son principios que se adaptan a todo en especial en materia ambiental, sirven para fundamentar las decisiones de las

⁸ Supra Nota 1. p. 16.

⁹ E.M. Rubio Fernández. *Cooperación Internacional y perspectivas integradas en el marco legal de acción frente al cambio climático*. Madrid: 2009, p. 122.

autoridades judiciales. Su característica principal es que no son vinculantes, pero sí tienen un poder de influencia en el desarrollo legislativo ambiental de cada país, y en especial sobre el poder Judicial.

El “hard law” por su lado, es lo contrario en el sentido de que sí es vinculante en especial para el poder judicial en el desarrollo de de sus decisiones o proposiciones. Por eso es que se toma como ejemplo para este tipo de normas la Convención sobre Diversidad Biológica, la cual acarrea una obligación de cumplimiento para los países signatarios.

Continuando con el análisis que nos ocupa, las fuentes de Derecho Ambiental Internacional una vez ratificados y promulgados en el Registro Oficial entran a formar parte del derecho interno y de acuerdo a lo que establece la Constitución de la República, prevalecen sobre cualquier ley. La primera fuente de Derecho Ambiental Internacional de acuerdo con Mario Larrea Andrade es:

- a) Informe Founex sobre el Desarrollo y el Medio Ambiente, 1971.- Tuvo lugar hace aproximadamente 37 años en la ciudad de Nyon, Suiza y sus recomendaciones sirvieron de antecedente en la Conferencia de las Naciones en Estocolmo, Suecia en 1972.¹⁰

Lo que se puede decir de este informe es que, los temas que se toparon principalmente fueron las causas de los problemas ambientales, que son básicamente la pobreza, la contaminación y el poco desarrollo. Entre las recomendaciones que se plantearon fueron: la creación de fuentes de trabajo rural, que la política ambiental forme parte de la política de desarrollo, el progreso en la distribución de bienes, la responsabilidad ambiental de las empresas y el investigar a fondo sobre los temas relacionados con el ambiente.

Al respecto, María del Carmen Carmona Lara nos dice que con este Informe:

Se logró imponer la idea de unidad fundamental de todas las variables asociadas al desarrollo como enfoque alternativo a la posición marginalista de los países desarrollados. También se logró, a través de una nueva definición del medio ambiente, aumentar la confusión ya existente para distinguir con claridad la finalidad política y la naturaleza de las distintas variables comprendidas en un problema.¹¹

¹⁰ Supra Nota 1. p. 17.

¹¹ M. C. Carmona Lara. *Aspectos Ecológicos y Ambientales de la Declaración Americana de los Derechos de los pueblos indígenas: una mirada jurídica*. 19 de Septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/1/7.pdf>

Sin embargo, lo que no se logró con este Informe es interrelacionar la pobreza, la contaminación y el poco desarrollo entre sí, y tampoco se logró relacionarlas con la naturaleza, por ende las soluciones que se plantearon a las diferentes situaciones tampoco coincidían con esta nueva definición del ambiente.

b) Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. Estocolmo, 1972.- Se celebró en Suecia en 1972, habiéndose como consecuencia de ésta creado el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). La Declaración de Estocolmo aprobada durante la Conferencia, introdujo en la agenda política internacional, la dimensión ambiental como condicionadora y limitadora del modelo tradicional de crecimiento económico y del uso de los recursos naturales.¹²

El propósito de esta Conferencia, fue la protección y el mejoramiento del medio ambiente humano y los principios discutidos, sitúan al hombre como el eje de cuidado y mejoramiento de los recursos renovables, así como su obligación de mantener y proteger al ambiente para las generaciones futuras. En base a estos principios, se lo ve al hombre como el medio más no como el objetivo, es una visión ecologista y no antropológica.

También se mencionó a la contaminación como un grave problema, debido a las sustancias tóxicas arrojadas en el ambiente, mares, ríos, bosques y toda clase de ecosistemas. Se asigna a los Estados, la obligación de ayudar a los países menos desarrollados en cuanto a precios bajos y asequibles de los productos básicos. Las políticas públicas de cada Estado, deben estar dirigidas a mejorar la calidad de vida de las personas, y para conseguir esto necesariamente se debe proteger el ambiente.

Se habla también del crecimiento demográfico y poblacional, como un grave problema que impide el mejoramiento del medio, para ello, se deben tomar las medidas políticas necesarias para medir que este aumento no se prolongue desmedidamente, paralelo a los derechos humanos para que estos no se vean afectados.

c) Declaración de Cocoyoc, México 1974.- Se produce como consecuencia del sinopsis organizado por el PNUMA y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). En la declaración se hizo una distinción entre las prioridades de los límites internos de desarrollo que abarcan las necesidades fundamentales de las personas como: alimento, alojamiento, salud y los derechos humanos; y los límites

¹² Biodiversidad Mexicana. *Hitos Ambientales*. 19 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.biodiversidad.gob.mx/planeta/hitosamb.html>.

externos de desarrollo, que se refieren a distintos aspectos de la integridad física del planeta como el medio ambiente y la población.¹³

En esta Declaración coexiste un fin bipartito; por un lado se busca el desarrollo del ser humano, y por otro el desarrollo del ambiente, sin descartar el hecho de que ambos se interrelacionan. Las medidas de distribución internas del Estado, deben propender a satisfacer las necesidades básicas de las personas y las externas a cuidar la integridad del medio ambiente.

d) Estrategia Mundial para la Conservación de 1980.- Surge como consecuencia de la Conferencia organizada por PNUMA y la IUCN (la Unión de Conservación Mundial), en 1980, se presentaron recomendaciones cómo conservar los recursos biológicos del mundo. La conservación que abarca la preservación, el mantenimiento, la utilización sostenida, la restauración y la mejora del entorno natural, es operativa cuando involucra tanto a los seres vivos así como a los elementos inanimados del medio ambiente de los que dependen aquéllos.¹⁴

Nuevamente los principios que observamos en esta Estrategia, se refieren al de desarrollo sustentable para la conservación de la vida silvestre; para ello se requiere que se implementen: planes de conservación, la protección de animales, plantas y personas. Sin dejar de lado el reconocimiento de aquellos efectos que son nocivos para el ambiente, y poner en marcha planes que rehabiliten los ecosistemas afectados.

e) Carta Mundial de la Naturaleza (WWF).- Fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982 y constituye una importante fuente del derecho ambiental internacional. La Carta, enfatiza la importancia de hacer un uso sustentable de los recursos renovables y no renovables.¹⁵

El principio más importante a rescatar de esta Carta, es el del respeto a la naturaleza, de éste se desprenden el garantizar la viabilidad genética de las especies, la protección de las especies en peligro de extinción, el no desperdicio de los recursos naturales, así como el mejoramiento de técnicas y tecnología que permita que no hayan efectos perjudiciales en la extracción de estos recursos.

¹³ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Declaración de Cocoyoc, México 1974*. 19 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.pnuma.org/docamb/cn1982.php>.

¹⁴ Supra Nota 1. p. 24.

¹⁵ Supra Nota 13. *Carta Mundial de la Naturaleza. Asamblea General de las Naciones Unidas de 1982*.

De igual manera, en esta Carta se establece la ponderación que se debe considerar al momento de determinar la viabilidad de actividades, que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza, para esto, se deberá revisar que los beneficios sean mayores a los efectos perjudiciales y solo así se pueden ejecutarse estas actividades.

También se busca prevenir el derramamiento de sustancias tóxicas o radioactivas en el ambiente, esto se relaciona con los tipos penales que serán analizados con posterioridad en los capítulos precedentes, solo cabe mencionar, que son los que se encargan de sancionar entre otras cosas, el derramamiento de sustancias peligrosas o nocivas, fuera de los límites que permiten los reglamentos ambientales en el Ecuador.

Finalmente esta Carta determina la relación de los Estados en torno a este tema, pues les corresponde cooperar, crear normas, salvaguardar e imponer sanciones a favor de la naturaleza, el medio ambiente y sus ecosistemas; estas políticas deberán regir para cada territorio conforme al principio de soberanía, así como en la comunidad internacional.

f) Informe de la Comisión Brundtland sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 1987.- Las Naciones Unidas conformó en 1983 la “Comisión Mundial en Desarrollo y Medio Ambiente”, a la cual se le conoce como “Comisión Brundtland”. Luego de cuatro años de estudios, habiéndolo definido como el “desarrollo que debe satisfacer necesidades del presente sin comprometer los recursos para que las futuras generaciones puedan satisfacer sus necesidades”¹⁶

En este Informe, lo que se analizó además de los problemas sociales que fomentan la contaminación y el poco desarrollo (pobreza y crecimiento demográfico), es sobre la acumulación de dióxido de carbono en la atmósfera y ciertos gases que retienen la radiación solar por la superficie de la tierra, produciéndose así lo que se conoce como recalentamiento global.

Esto no solo trae repercusiones solo al medio en el que vivimos, es importante llevar a conocimiento de las personas de que estos gases emitidos son nocivos para la salud humana y para toda forma de vida dentro de la cadena alimenticia. Este informe es una guía, que ayuda a los Gobiernos de cada país a seguir determinados

¹⁶ Supra Nota 1.p. 30.

caminos para fomentar el desarrollo sustentable, por medio de límites en las normas que deben imponerse necesariamente a la emisión de gases y contaminantes.

g) Reunión Cumbre de la Tierra sobre Desarrollo y Medio Ambiente, Río de Janeiro, 1992.- Fue convocada por las Naciones Unidas del 3 al 14 de junio de 1992, en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil. Con ocasión a esta Conferencia, se aprobaron cuatro documentos principales: i) La Agenda 21 o Plan de Acción; ii) la Declaración de Río que contiene 27 principios, algunos de los cuales comprenden el compromiso de los países de introducir ciertos instrumentos de política en su derecho ambiental interno; iii) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; iv) el Convenio sobre Diversidad Biológica.¹⁷

A manera de volver más didáctico el análisis de estas tres fuentes: se revisará en primer lugar brevemente en qué consiste la Agenda 21. Esta trata sobre cuestiones sociales como económicas al igual que muchas otras de las que ya hemos mencionado, así como la conservación de océanos, bosques, especies y el incremento de una agricultura sostenible.

Por otro lado, la Declaración de Río menciona nuevamente el desarrollo sostenible que necesario para vivir en armonía con la naturaleza, el aprovechamiento de los recursos del Estado con límites y regulaciones, y se promoverán sistemas de desarrollo económico que tengan como meta el crecimiento económico y el desarrollo sostenible.

Así mismo, se estipulan los principios generales: del hombre y su derecho de vivir en un ambiente sano y en armonía con la naturaleza, el derecho soberano de los Estados de aprovechar los recursos, esto en base a los principios ambientales que fueron mencionados con anterioridad y la cooperación que debe existir entre los países, de manera que se logre erradicar la pobreza, proteger los ecosistemas y mejorar la salud de las personas.

Para lograr estos objetivos, los Estados están en la obligación de implementar planes que fomenten el desarrollo ambiental e inducir a las personas a que se reduzca las modalidades de producción y consumo insostenibles, para eso se

¹⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. 19 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html>.

requiere un desarrollo de la ciencia, la tecnología y la participación de todos los ciudadanos.

Se requiere implementar, sistemas económicos internacionales que sean abiertos al crecimiento económico y por ende al desarrollo sostenible de todo país, de manera que se logre abolir los problemas de degradación ambiental. En cuanto a las sustancias o actividades que se considerarían peligrosas en el ambiente y para la salud, es importante decir, que le corresponde a cada Estado el implementar a su normativa interna, leyes y reglamentos que establezcan responsabilidad e indemnizaciones para los infractores.

El principio de precaución ambiental, es un deber fundamental de cada Estado y debe ser implementado en la normativa interna, para darle esa amplitud necesaria y se proteja de mejor manera el ambiente. Nuestro país posee un abundante patrimonio natural con ecosistemas únicos y exclusivos en el mundo, por eso se debe hacer cumplir este principio, para que no sea visible solo en la Constitución de la República sino que también se refleje en las leyes, reglamentos y ordenanzas que proponen el cuidado de la naturaleza.

Por otro lado, conforme a esta Declaración los Estados deberán hacer las evaluaciones de impacto ambiental necesarios en cuanto a las actividades de explotación o exploración de recursos no renovables con el objetivo de evitar un impacto negativo que pueda afectar seriamente la naturaleza, los ecosistemas o las comunidades indígenas que vivan en esos lugares.

Parte de las responsabilidades de los Estados, es el notificar oportunamente en caso de situaciones de emergencia ambiental o desastres naturales, así como de aquellas actividades que puedan tener efectos transfronterizos que puedan comprometer la vida y la salud de los ciudadanos de otro país.

Se reconoce también, el derecho de las comunidades y poblaciones indígenas en cuanto a sus conocimientos del medio ambiente, en consecuencia ha de reconocerse su identidad y su cultura, así como hacerlos parte de todo tema relacionado con el desarrollo sostenible. En este punto la Constitución del 2008 ha sido bastante ecuánime, por cuanto se reconocen los derechos, identidad, cultura de los pueblos

indígenas y de los pueblos ancestrales conforme lo determina el Convenio 169¹⁸ de la OIT suscrito y ratificado por el Ecuador en 1999.

Finalmente la Declaración de Rió, recomienda a los países a resolver sus conflictos de manera pacífica y evidentemente respetando la Carta de las Naciones Unidas, sin recurrir a la guerra, que es principal del desarrollo sostenible. Nuevamente el objetivo principal aquí, es el de proteger el ambiente de las repercusiones que acarrea una guerra.

h) La Convención Marco sobre el cambio climático.- Tuvo como objetivo alcanzar la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas que pongan en peligro al sistema climático. Reconoce que los cambios del clima en la Tierra y que los efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad.¹⁹

El objetivo de este Convenio, es evitar la emisión de gases invernadero en la atmósfera que pongan en peligro el sistema climático en el mundo. Hay 3 principios ambientales fundamentales visibles en esta Convención: el primero que acarrea una responsabilidad para todos los Estados, en el sentido de luchar en contra del cambio climático; el segundo que es el de precaución, por el cual no se podría alegar falta de desarrollo científico en un país en especial cuando se tenga conocimiento de que hay una grave amenaza o daño irreversible. Finalmente se hace alusión al principio de cooperación de la comunidad internacional a fin de implementar políticas que proporcionen beneficios mundiales al menor costo posible.

i) Convenio sobre la Diversidad Biológica.- Define a la “diversidad biológica” como la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otras cosas, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte. Comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y los ecosistemas. Se define a ecosistema como un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional.²⁰

Este Convenio busca proteger los diferentes ecosistemas y especies que lo componen, el conservar y mantener los recursos biológicos que tienen los Estados, así como la utilización sostenible de los mismos. También, se menciona el uso

¹⁸ Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, publicado en el Registro Oficial No. 206 del 07 de junio de 1999.

¹⁹ Supra Nota 1. p. 34.

²⁰ Supra Nota 1. p. 35.

equitativo que debe haber entre el Estado y las comunidades locales, las cuales tienen conocimientos innovadores en cuanto a la conservación biológica y la utilización sostenible de los mismos.

Entre otras cosas, se habla sobre los compromisos que se someten los Estados a cumplir, que son básicamente una reproducción de lo que ya hemos revisado en los anteriores Convenios Internacionales en materia ambiental, temas como: la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, el derecho soberano de los Estados de hacer uso de sus recursos, el no perjudicar a otros Estados con actividades que pueden producir un daño en el medio, crear políticas y sistemas direccionados a la protección de la diversidad biológica y compartir la tecnología con los conocimientos de los pueblos indígenas.

j) [...] El Protocolo de Montreal y el Protocolo de Kyoto.- El Protocolo de Montreal relativo a Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono es un tratado internacional que se suscribió y se diseñó para contrarrestar el deterioro de la capa de ozono a través del control de producción de las sustancias como aerosoles y químicos refrigerantes, que se creen, son los responsables del agujero que se ha creado en la capa de ozono. El Protocolo de Kyoto, entró en vigencia en el año 2005 con la ratificación de Rusia, y se relaciona principalmente sobre aquellas medidas que deben adoptar los países para contrarrestar el calentamiento global. Este Protocolo no ha sido ratificado por los Estados Unidos de América.²¹

Estos dos Convenios tienen gran relevancia en derecho ambiental; imponen muchas responsabilidades para los Estados en cuanto a la emisión de sustancias que dañan la capa de ozono. Por otro lado, el Protocolo de Kyoto determina las medidas que estos países deben tomar para lograr el objetivo del Protocolo de Montreal. Pese a que los Estados Unidos se reusa a firmarlo, este último ofrece incentivos económicos para aquellas empresas que mejoren la calidad ambiental y regulen las emisiones de CO₂ en el ambiente.

Así por ejemplo se determina que el CO₂ es un bien canjeable, con un precio en el mercado, las transacciones que se realicen con bonos de carbono, permiten a las empresas emitir tantas toneladas de dióxido de carbono. Es un sistema que si bien admite que haya CO₂ en la atmósfera, hace que las empresas paguen por contaminar e incentiva a aquellas empresas que disminuyen o dejan de emitir este gas.

²¹ Supra Nota 1. p. 37.

Objetivamente, resulta absurdo pensar que un Instrumento Internacional que se encarga de proteger el medio ambiente, permita pagar para que se pueda contaminar la atmósfera, no importa la cantidad de CO₂ en el ambiente, siempre será nocivo, además es un gas que progresivamente destruye la capa de ozono. A lo que se debe propender, es el evitar que los Estados contaminen, para eso existen programas en los cuales los países pagan para que se conserve y no se contamine determinados sitios con abundante naturaleza.

k) Tratados, Convenios y Declaraciones sobre Derechos Humanos.- [...] Numerosas son las relaciones que podemos encontrar entre el medio ambiente y los derechos humanos. En la actualidad, los problemas derivados del medio ambiente generan grandes riesgos relacionados con las fuentes de agua, o la provisión de alimentos, problemas que sin lugar podrían incidir directamente en el derecho a la vida como uno de los derechos fundamentales en los seres humanos, especialmente en la población más pobre.²²

La gran cantidad de Tratados y Convenios que tratan sobre los derechos del hombre determinan que existe una estrecha vinculación entre el hombre y el medio en el que se desarrolla, por ello es que el ambiente es sin duda de gran importancia para el desarrollo de su vida. En consecuencia todo ser humano tiene como principal el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a vivir en un ambiente sano, a la propiedad referida a los derechos de los pueblos indígenas en cuanto a la explotación de recursos en sus tierras y territorios.

Todos estos instrumentos Internacionales que hemos podido revisar, recogen una cantidad de principios ambientales que se encuentran plasmados en la nueva Constitución de la República del 2008, en la que se buscó darle un mayor espectro de protección no sólo a la naturaleza y a sus ecosistemas, sino también a los derechos colectivos de los grupos indígenas y pueblos ancestrales. A continuación veremos los artículos que vinculan el ambiente con el hombre en la Norma Suprema con su respectivo análisis.

1.4. El Ambiente en la nueva Constitución de la República.-

La nueva Constitución de Montecristi del 2008, tiene una visión ecologista que se hace visible a través de la adquisición de derechos por parte de la naturaleza, en consecuencia, la protección de naturaleza se hace aún más evidente y relevante. A

²² Supra Nota 1. p. 46.

diferencia de la anterior Constitución Política de 1998 que si bien tenía normas avanzadas relacionadas con la protección del medio ambiente, esta no establecía una garantía real a favor de la naturaleza, situación que sí se encuentra prevista en la Constitución vigente.

Ricardo Crespo Plaza nos habla sobre las innovaciones realizadas en la Constitución de Montecristi son las siguientes:

El derecho humano al agua, el principio de prevalencia a favor de la naturaleza, el principio de restauración integral, el principio de solidaridad, el de subsidiariedad del Estado y la imprescriptibilidad de las acciones ambientales, entre otros, que merecen ser analizados en un capítulo aparte, traerán consecuencias positivas para la justicia ambiental en el país.²³

Los derechos de la naturaleza que nuestra Constitución prevé, se asientan sobre la base de las Teorías de los Derechos Subjetivos²⁴, que provienen de la Teoría General del Derecho y del Derecho Privado en particular; los principales exponentes de estas tesis fueron: Carl von Savigny, Rudolf von Ihering, Georg Jellinek y Hans Kelsen.

Kelsen nos dice que el “derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma”²⁵. Por lo tanto, el derecho de la naturaleza necesariamente ha de verse plasmado en una norma y mejor aún si es en la Carta Fundamental.

Savigny nos dice que “el derecho subjetivo era un poder de la voluntad individual, en cuyos límites el individuo reinaba con consentimiento de todos.”²⁶

²³ R. Crespo Plaza. *La Responsabilidad Objetiva por Daños Ambientales y la Inversión de la Carga de la Prueba en la Nueva Constitución*. 19 de septiembre de 2011. Disponible en: www.flacsoandes.org/web/.../1225820188.Articulo_Ricardo_Crespo.doc., p. 1.

²⁴ Derechos Subjetivos: Al positivizarse la Escuela de Derecho Natural dejará como herencia una Teoría General del Derecho Subjetivo en la cual se exalta el poder creador de la voluntad del hombre, capaz de generar por sí, por su sola potencia vinculatoria, más allá y aún en contra del poder del Estado, reglas obligatorias a las que éste habrá que someterse. M. A. Laquis Et. Al. *Sobre la Teoría del Derecho Subjetivo*. P. 229.

²⁵ Supra Nota 25.p, 228.

²⁶ F. Escobar Rozas. *El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Enero 1998. 18 de agosto de 2011. Disponible

Esta teoría fue llamada la Teoría de la Voluntad, por la que se determinaba que si un sujeto tenía la voluntad de adquirir derechos, entonces le correspondía tenerlos por su mera voluntad. No se puede concebir que la naturaleza sea un sujeto con voluntad propia, por lo que no puede tener derechos porque así lo desea; si bien se le otorgan derechos en la Constitución, son los sujetos quienes deben exigirlos en su nombre.

Por otro lado, Ihering fue el que estableció la Teoría del Interés; ésta nos dice que:

El interés, que expresaba el valor de un bien en relación al sujeto, no era más que uno de los elementos del derecho subjetivo. El otro elemento era, para Ihering, la protección del interés que dispensaba el ordenamiento jurídico. En consecuencia, según este autor, el derecho subjetivo quedaba entendido como un interés jurídicamente protegido.²⁷

La naturaleza debe ser vista como un interés invaluable para el Estado y para los individuos; jurídicamente protegido por las leyes y reglamentos en materia ambiental. Así en derecho penal se habla de un “bien jurídicamente protegido” por su valoración y trascendencia en una sociedad, en consecuencia su trasgresión tiene una consecuencia.

Finalmente nos queda por abordar la Teoría ecléctica, que fue sostenida por Georg Jellinek; en efecto, para este autor:

El derecho subjetivo era un bien o un interés protegido por el poder de la voluntad perteneciente al individuo.

En efecto, el derecho subjetivo era un interés jurídicamente protegido por la potestad reconocida a la voluntad para su representación y defensa. Si la voluntad faltaba en el sujeto portador del interés o, en otros términos, si éste no tenía ni la capacidad de representar dicho interés ni la de defenderlo, la voluntad operante de su derecho venía actuada por la de su representante legal.²⁸

De todas las tesis expuestas, es la ecléctica la que se emplea en nuestra Constitución, para revelar los derechos a favor de la naturaleza, porque representa una combinación de todas las teorías anteriores. El justificativo trascendental es que por un lado, se le reconoce a la naturaleza como un sujeto autónomo conformado

en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=freddy_escobar&sei-redir=1#search=%22teorias%20de%20los%20derechos%20subjetivos%22.

²⁷ Ibid.

²⁸ Supra Nota 27

por una complejidad de ecosistemas que son capaces de exigir sus derechos y además porque representan un interés para el Estado quien debe ser el custodio de su bienestar. Al respecto de la naturaleza como sujeto de derechos, Julio Cesar Trujillo y Ramiro Ávila nos dicen que:

El déficit en la teoría de los derechos de la naturaleza no justifica su desconocimiento. Los derechos de la naturaleza sin duda van de la mano con el modelo de desarrollo. Al reconocer derechos a la naturaleza, en el fondo lo que se está logrando es que se trate con mucho más cuidado su uso y explotación.²⁹

Al colocar a la naturaleza en una posición tan relevante equivalente a la de un sujeto, su esfera de protección y tutela se amplía, porque ya no puede ser visto meramente como un objeto que puede ser intercambiado por otros bienes, sino que debe ser considerado como un sujeto más con derechos y garantías que le corresponde al Estado hacer que se cumplan de conformidad a las leyes y a la Constitución.

A continuación se analizan los artículos que recogen todos esos principios ambientales recogidos en los instrumentos Internacionales revisados, cuyo fin es el de proteger a la naturaleza; también se observará cómo el concepto del *sumak kawsay* o “buen vivir” está apegado al derecho de vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual representa un derecho inalienable al hombre.

A propósito de la exigibilidad de los derechos de la naturaleza, la cual consiste en hacer valer los derechos de la naturaleza cuando sus derechos se vean vulnerados, se debe añadir que cualquier individuo, ante cualquier circunstancia que ponga en peligro al ambiente, ante cualquier juez siguiendo los lineamientos que determina la Constitución y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se podrá interponer la pertinente acción de protección, señalando únicamente los derechos vulnerados de la naturaleza. Sin embargo para que esto se dé, deberá existir un daño real y grave en contra de la naturaleza o contra cualquiera de sus ecosistemas. Así lo establece el Art. 10 de la Constitución de la República:

²⁹ R. Ávila Et. Al. *Los Derechos en el Proyecto de Constitución*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2008, p. 42.

[...] Art.10.-La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.³⁰

1.5. La naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de la República.-

La naturaleza como sujeto de derechos, fue uno de los temas más innovadores que trajo a colación la nueva Constitución en el 2008, de hecho ha servido de ejemplo para muchas otras legislaciones que tienen como propósito extender el rango de tutela del medio ambiente. En el 2010, tuvo lugar la primera Alianza Global para suscribir la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra, que de acuerdo con Cormac Cullinan:

La Declaración reconoce que todas las entidades naturales que existen son parte de la “*Madre Tierra*”, incluyendo plantas, animales, ríos y ecosistemas, son sujetos que tienen el derecho inherente e inalienable a existir y desempeñar su papel dentro de una comunidad de seres. Para que los seres humanos tengan todo lo necesario para una buena vida al interior de las comunidades en que vivimos, no podemos mantener los derechos humanos y la libertad de “vivir bien”, a menos que respetemos y defendamos los Derechos de la Madre Tierra.³¹

Estos derechos reflejados en nuestra Constitución, son resultado de la concepción de la “Pachamama” de los pueblos indígenas en nuestro país. Ellos ven a la naturaleza, con respeto y dignidad, todos sus componentes son parte de una armonización lógica que se relacionan con el humano, por ende una afectación en el sistema, por pequeña que esta sea, afecta a todos sus alrededores; esto fue lo que impulsó a que se piense en la naturaleza como un ente autónomo con derechos inalienables fuera de la visión tradicional de un objeto o mercancía.

Christopher Stone, quien fue uno de los pioneros en hablar sobre los derechos de la naturaleza por un caso que involucraba tala de árboles en los Estados Unidos y que fue bastante complicado para los Jueces del Tribunal Supremo, nos dice que:

³⁰ Constitución de la República del Ecuador, Art. 10, Publicado en el Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008.

³¹ C. Cullinan. *¿Tiene la naturaleza derechos? La transformación de las organizaciones de base para proteger a las personas y al planeta.* p, 5.

Hasta hace poco no se consideraban como sujeto de derechos a ciertas categorías de seres humanos: niños, mujeres, negros, por una parte; y, por otra, el mundo del derecho está poblado de sujetos de derecho inanimados: sociedades comerciales, asociaciones, colectividades públicas, a los que se les reconoce personalidad jurídica.³²

Los derechos de la naturaleza tienen como partida dos temas fundamentalmente: el de la titularidad y tutela; el primero “[...] tiene que ver con la condición de ser sujeto de derechos propios, y tutela con quien representa o hace aplicables los mismos.”³³ De esto podemos inferir que a la naturaleza ya no se la ve como un objeto que pertenece a las personas, sino es un sujeto con derechos propios.

La tutela fue creada con el fin de ejercer los derechos de la naturaleza, debido a que por sí misma no puede exigirlos, así como existe tutela para los niños, que debido a su incapacidad no pueden ejercer muchos de sus derechos, requieren de un representante para que los ejerza por ellos; así mismo cuando los derechos de la naturaleza se ven comprometidos, bien pueden ser exigidos por los individuos, las colectividades o por la autoridad a quien se le ha conferido estas facultades.

En el mismo sentido Julio César Trujillo y Ramiro Ávila nos dicen que “la naturaleza merece el respeto por ser parte del mundo en que vivimos, porque es un ser vivo, porque nos necesita para existir y nosotros necesitamos de ella también para existir.”³⁴ Este es uno de los fundamentos substanciales para la adquisición de derechos por parte de la naturaleza.

Pese a que este tema no tiene vinculación directa con lo que se discute en esta tesina, es importante mostrar los avances que se han dado en nuestra legislación y que aparece a lo largo de toda nuestra Constitución, que al ser la norma más importante de nuestro ordenamiento jurídico, su objetivo principal es hacer que los ciudadanos respeten su entorno y todos sus componentes.

³² Ch. D. Stone. *Should trees have Standing? - Toward Legal Rights for Natural Objects*. 1972, p.163.

³³ Organización de Estudios Ecologistas. *Los Derechos de la Naturaleza. Nueva Arma de Lucha Frente a las Actividades Petroleras en los Países Amazónicos*. Quito: Articulación por un movimiento de afectados por la industria petrolera en países amazónicos. 8 de septiembre de 2011. Disponible en: www.estudiosecologistas.org. p, 4.

³⁴ Supra Nota 30. p. 42.

Siguiendo con el análisis que nos ocupa, el artículo 11 de la Constitución en su segundo inciso, habla sobre el deber primordial que tiene el Estado, el cual consiste en hacer cumplir y respetar los derechos que la Constitución consagra, puesto a que son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de la misma jerarquía jurídica. Este artículo concluye fijando el derecho de repetición a favor del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que recae sobre los responsables de un daño ambiental.

Ahora bien, el Art. 12 de la Constitución vigente a diferencia de la Constitución de 1998, resalta la importancia del agua como un derecho humano y como parte esencial para la vida, por ende le atañe al Estado tomar las medidas necesarias para que no se contamine ni haya un uso desmedido de este recurso. Esto es muy importante, porque el agua es un recurso limitado, substancial en la vida de las personas y de la vida en general; por eso su uso debe ser adecuado y no mal gastado.

Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.³⁵

Por su lado, el Art. 14 hace una mención especial en la Sección Segunda cuando habla sobre el Ambiente Sano, y se determina que es de interés público el cuidado del ambiente. A diferencia de la derogada Constitución Política de 1998, la nueva Constitución pone énfasis al principio de prevalencia a favor de la naturaleza y con eso se proyectan los temas salubridad como un objetivo público del Estado y la conservación de los ecosistemas a través del *sumak kawsay* o “buen vivir”.

Frente a la prevención de los daños ambientales, existen las leyes y reglamentos que fueron creados con ése fin, así mismo, una vez producido el daño queda a los responsables el recuperar de forma integral el espacio natural degradado, sin perjuicio de la sanción penal que prevé el Código Penal en sus artículos 437 A al 437 J.

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

³⁵ Supra Nota 31. Art. 12.

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.³⁶

Respecto al uso de las tecnologías que sean usadas con energías renovables, se establece su total respaldo y desarrollo siempre y cuando no produzcan un impacto en el medio ambiente, al derecho del agua ni al de soberanía alimentaria. También, se prohíbe la producción y el derramamiento de sustancias tóxicas u otras sustancias nocivas para la salud de las personas y la naturaleza, el cual se vincula con el artículo 437-A del Código Penal el cual se considerará más adelante:

Art. 15.- El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua.

Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.³⁷

Sobre estos 3 artículos revisados (12,14 y15), Marío Larrea Andrade nos dice que “hubiere sido conveniente que la Constitución reitere el que tal soberanía energética se alcanzará en función del desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente.”³⁸ Esto tiene mucho sentido, porque si volvemos a los Instrumentos Internacionales que se han ratificado por el Ecuador, en muchos de ellos, se manifiesta la necesidad de propender al desarrollo sustentable y al cuidado del ambiente, si en esta norma además de ser confusa y de no expresar cómo se manejarán los procedimientos, se limita a decir que “la soberanía energética no se sustanciará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni del derecho al agua”³⁹, quién nos afirma que en realidad se hará uso efectivamente de tecnologías que sean ambientalmente limpias?

³⁶ Supra Nota 31. Art. 14.

³⁷ Supra Nota 31. Art. 15. Tiene directa conexión con el artículo 437 A del código penal a fin de sancionar aquellos sujetos pasivos que deterioren por cualquier motivo el medio ambiente.

³⁸Supra Nota 1. p. 60.

³⁹ Supra Nota 31. Art. 15.

El Art. 30 quiere destacar nuevamente el derecho a vivir en un ambiente sano y libre de contaminación dentro del *sumak kawsay* o “buen vivir”, por eso se habla de un derecho de las personas el vivir en un hábitat seguro y saludable, lo que involucra sin duda el vivir en un ambiente sin contaminación:

Art. 30.- las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica.⁴⁰

En cuanto a la salud, el primer párrafo del Art 32 establece los parámetros generales de accesibilidad y gratuidad que debe promover el Estado, se relacionan entre otros temas con el derecho a vivir en un ambiente sano y el *sumak kawsay*, siendo el objetivo primordial de todo gobierno, dentro de su plan de desarrollo:

Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.⁴¹

El Art. 57 de reconoce y garantiza por medio de la Constitución, Tratados y Convenios Internacionales los derechos colectivos. Si bien es cierto, los recursos no renovables le pertenecen al Estado, esto responde a un principio soberano, sin embargo, los pueblos indígenas también tienen derecho de propiedad sobre las tierras donde habitan inalienable e imprescriptiblemente. Por eso se reconoce también el derecho que tienen estos grupos a ser consultados en temas de explotación de recursos no renovables, de manera previa y oportuna. Esto se debe principalmente a que la contaminación a su entorno tiene repercusión directa sobre estas personas; además estos grupos se consideran los principales guardianes y custodios de la naturaleza que los rodea, ningún elemento puede ser alterado sin su consentimiento:

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán

⁴⁰ Supra Nota 31. Art. 30.

⁴¹ Supra Nota 31. Art. 32.

exentas del pago de tasas e impuestos. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.⁴²

Sobre el tema del respeto y reconocimiento de los grupos indígenas y pueblos ancestrales, así como el principio de prevalencia de la naturaleza son los que más sobresalen en la Constitución de la República. Las prácticas ancestrales de estos grupos indígenas radican sobre áreas ecológicas sensibles, por ello merecen extremo cuidado y respeto.

Este artículo se relaciona con el 398 de la Carta magna porque:

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.⁴³

Estos derechos no se encuentran reconocidos solo en la Constitución de la República, sino también en los Instrumentos Internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas. Lo que se intenta plasmar es precisamente el reconocimiento de estos grupos indígenas, el derecho imprescriptible de sus tierras y propiedades y en el mismo sentido, su derecho a ser consultados, libremente y de forma previa e informada.

Mario Larrea Andrade nos dice que, “este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de los pueblos indígenas sobre la propiedad y posesión de las tierras que ancestralmente han utilizado de conformidad con sus usos

⁴² Supra Nota 31. Art. 57.

⁴³ Supra Nota 31. Art. 398.

consuetudinarios.”⁴⁴ Por eso la Constitución presupone el que no se pueda vulnerar estos derechos trascendentales para estas personas.

En los derechos de libertad otorgados a las personas, el art. 66 inciso 2 habla sobre el derecho a vivir una vida digna, la cual incluye salud, alimentación, agua potable, saneamiento ambiental, la educación, trabajo y otros servicios básicos. Le concierne al Estado, el acceso viable e inmediato para proveer de estas necesidades a los ciudadanos en base al desarrollo sostenible. Para eso, les compete a las autoridades competentes el tomar las medidas que faciliten estos procesos:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza.⁴⁵

Como se observa del artículo anterior, la mayor parte de las garantías que se establecen a favor de las personas tienen relación con la naturaleza, esto es porque el sentido de toda la Constitución fue precisamente hacer una norma que se focalice más en una visión ecológica y no la tradicional antropológica. Como se dijo anteriormente, el hombre y la naturaleza se interrelacionan en todo. En consecuencia, el hombre es el que puede hacer uso de los recursos naturales pero es también a quien se le ha designado custodio de la misma. Al respecto, Julio César Trujillo y Ramiro Ávila advierten que “la naturaleza merece el respeto por ser parte del mundo en que vivimos, porque es un ser vivo, porque nos necesita para existir y nosotros necesitamos de ella también para existir.”⁴⁶

El capítulo séptimo de la Constitución, tiene apartado un título especial para los Derechos de la Naturaleza, en éste incorporan definiciones sobre lo que es la

⁴⁴ Supra Nota 1, p. 232.

⁴⁵ Supra Nota 31. Art. 66.

⁴⁶ Supra Nota 30. p. 42.

naturaleza, los derechos que tiene (protección, conservación, remediación integral), y las autoridades competentes para exigir el cumplimiento de estos derechos. Cabe mencionar que es deber del Estado, el incentivar a las personas naturales, jurídicas y colectivas el cuidado y preservación de la naturaleza y sus ecosistemas:

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.⁴⁷

Cuando se perpetra un delito de contaminación en contra de la naturaleza, en ocasiones, no basta con las sanciones penales o administrativas que se imponen, ya que el daño es muy grave, en esos casos, es conveniente aplicar el derecho de restauración a favor de la naturaleza, que lo menciona el art. 72. Esta responsabilidad, es absolutamente independiente de la que proviene del daño extracontractual que se da a favor de los pobladores o comunidades indígenas aledañas al daño ambiental. Para la consecución de este fin, se otorga un derecho de repetición a favor del Estado, así como el establecer los mecanismos para que haya una restauración integral, que mitiguen las consecuencias ambientales nocivas en el futuro:

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.⁴⁸

El Art. 73 de la Constitución de la República, habla también sobre las medidas que debe tomar el Estado, cuando confirme que una actividad económica puede alterar severa o permanentemente los ecosistemas, con la posible extinción de especies. En consecuencia, corresponde a las autoridades ambientales analizar si la

⁴⁷ Supra Nota 31. Art. 71.

⁴⁸ Supra Nota 31. Art. 72.

dentro de las actividades industriales, la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico podría dañar los ciclos naturales o comprometer el patrimonio genético nacional.

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. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.⁴⁹

Bajo este artículo, se observa la aplicación del principio ambiental de precaución, como su nombre lo indica, su objetivo es el de prevenir que el daño ambiental ocurra. Hugo Echeverría nos explica que:

Como todos los principios de derecho ambiental, el de prevención encuentra su antecedente jurídico en el derecho internacional, En este marco, la prevención del daño ambiental fue perfilándose a partir de la prevención de contaminación ambiental transfronteriza y evolucionó hasta integrar el catálogo de principios fundamentales del derecho ambiental. Así la doctrina ha planteado la siguiente aproximación conceptual del principio de prevención: La protección del ambiente puede lograrse de mejor manera a través de la prevención del daño ambiental y no por su remediación o compensación.⁵⁰

Así mismo la Tercera Sala del Tribunal Constitucional de nuestro país señaló que “el derecho ambiental tiene el carácter preventivo.” Esto se da porque antes de ejecutar cualquier actividad que pueda degradar o contaminar el ambiente, es necesario que cuente con el respectivo estudio ambiental llamado efectivamente Estudio de Impacto Ambiental.

Por su parte, el Texto Unificado de Legislación Ambiental (TULAS) expone este principio preventivo, estableciendo límites de contaminación a las personas jurídicas que son prominentes a contaminar. De igual manera, el artículo 73 de la Constitución establece, que en el caso de ejecutar una actividad que requiera la introducción de material orgánico e inorgánico que ponga en riesgo el patrimonio genético, se requiere la observación de las leyes y reglamentos en materia ambiental.

⁴⁹ Supra Nota 31. Art. 73.

⁵⁰ H. Echeverría. *Manual de aplicación del Derecho Penal Ambiental como Instrumento de Protección de las Áreas Naturales en Galápagos*. Quito: ProJusticia, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 16.

De lo dicho anteriormente, si el sujeto activo se clasifica dentro de cualquiera de las actividades que menciona el artículo analizado, entonces le será aplicable el principio de que “el que contamina paga”, que de acuerdo con Mario Andrade “éste es el presupuesto básico al referirnos al daño ambiental y sus consecuencias.”⁵¹

La Constitución en el capítulo noveno, en su artículo 83, comprende las responsabilidades de los ciudadanos en cuanto a defender, respetar y conservar el patrimonio natural del país. Todos estos enunciados, se cumplen en función del desarrollo sustentable y sostenible que se revisaron en los Instrumentos Ambientales Internacionales. Así también, se reitera la potestad que tienen los individuos y la colectividad de exigir los derechos de la naturaleza ante los órganos judiciales, cuando su integridad se vea comprometida:

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

3. Defender la integridad territorial del Ecuador y sus recursos naturales.

6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible.

13. Conservar el patrimonio cultural y natural del país, y cuidar y mantener los bienes públicos.⁵²

Se debe añadir, que la Constitución de 1998 no contemplaba este artículo porque esa norma tenía un carácter más político que jurídico, pero con la Constitución de Montecristi, se buscó darle mayor protección y tutela a la naturaleza, por eso se manifiesta nuevamente ese carácter ecológico del mandato legal. Sin embargo cabe cuestionarse si la consecución de ese fin es alcanzable, porque la naturaleza no es un sujeto, no tiene capacidad ni personalidad jurídica, pues esas son características propias de una persona natural, por ende la naturaleza, no puede exigir por sí misma sus derechos.

En el art. 395 de la Constitución de la República se reconocen los siguientes principios ambientales:

⁵¹ Supra Nota 1. p. 121.

⁵² Supra Nota 31. Art. 83.

La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:

1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.
2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.
3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.
4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.⁵³

Aquí se recogen los cuatro principios ambientales que fueron mencionados con anterioridad, expresados de forma más desarrollada: crear un modelo de desarrollo sustentable, que de conformidad a lo que manifiestan los Instrumentos Internacionales, deberá constar dentro de los sistemas de desarrollo que ponga en marcha cada Estado. Este desarrollo sustentable estará direccionado a conservar la biodiversidad y la regeneración de los ecosistemas, para las generaciones presentes y futuras.

De manera residual, toda política de gestión ambiental son de obligatorio cumplimiento para el Estado, personas naturales y jurídicas en todo el territorio; aunque esto en la práctica no se cumple, porque existe una predisposición en nuestro país, hacia el incumplimiento de normas y reglamentos en general, que se acentúan más en materia ambiental, porque las repercusiones son más destructivas para la sociedad.

El tercer inciso, tiene que ver con el control que debe tener el Estado, en especial aquellas entidades encargadas de velar por el bienestar del ambiente como, valga la redundancia, el Ministerio del Ambiente, la Secretaría del Ambiente y demás órganos adscritos, para que dentro de sus funciones, puedan prever y controlar las afectaciones al ambiente. Para esto, previo a la ejecución de actividades ambientalmente peligrosas, se deberá contar con el respectivo Estudio de Impacto Ambiental y un Programa de mitigación de daños ambientales.

⁵³ Supra Nota 31. Art. 395.

Este inciso final refleja el principio *induvio pro natura*, que indica, que en el caso de dudas sobre el alcance de las normas de carácter ambiental, siempre se aplicará la interpretación más favorable al medio ambiente. Esto significa, que si por ejemplo existe desconocimiento si una planta nuclear puede o no causar peligro a la naturaleza, entonces ahí lo lógico sería es que se aplique el principio mencionado, porque de hecho puede existir un daño muy grave en la naturaleza.

El siguiente artículo a analizarse es el 396 que tiene concordancia con lo dicho en el anterior artículo y con la Ley de Aguas:

El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.⁵⁴

Aquí se hace visible el tema de los impactos ambientales, que deben ser mitigados por el Estado cuando exista duda de daño o *induvio pro natura*. Se refiere también, sobre la responsabilidad objetiva que recae sobre los infractores, y la indemnización que corresponde de conformidad a las leyes y reglamentos ambientales. Son principios que se encuentran presentes en la Declaración de Río. Sobre la responsabilidad objetiva Ricardo Crespo señala:

La responsabilidad objetiva también llamada de riesgo, se da frente a hechos derivados de la actividad industrial que, aunque no hayan sido causados por culpa, deben ser respondidos por alguien que ha obtenido provecho de la actividad dañosa. Por lo tanto se responde ante un hecho objetivo: el daño.⁵⁵

⁵⁴ Supra Nota 31. Art. 396.

⁵⁵ Supra Nota 24. p. 2.

Aquí es interesante cómo se invierte la carga de la prueba para el infractor, porque el generalmente la regla en Derecho Procesal nos dice que “el que alega prueba”; pero aquí corresponde al demandado probar su inocencia en juicio, por ende, todo gasto que implique para las pruebas periciales, corre por su cuenta, ya no es responsabilidad del Estado o de los individuos; situación que sí se veía presente en la Constitución de 1998.

Otra de las innovaciones de la Constitución de Montecristi es el hacer imprescriptible a las acciones legales que se interponen como resultado de una actividad contaminante. Sin embargo cabe preguntarse, ¿será aplicable también para los delitos ambientales contemplados en el Capítulo X-A del Código Penal?

El artículo 397, debe ser dividido en dos partes a fin de que pueda ser analizado de manera más didáctica, así, el primer párrafo nos habla de dos principios que fueron revisados en el art. 395, en cuanto a la reparación integral por daño ambiental o indemnización y la responsabilidad sobre los infractores y los funcionarios que no cumplan con su labor de control ambiental.

En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental.⁵⁶

Es responsabilidad del Estado el garantizar que los ciudadanos vivamos en un ambiente sano, por eso este artículo habla sobre dichas garantías y los mecanismos o recursos que le ayudarán a la consecución de dichos fines:

Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.
2. Establecer

⁵⁶ Supra Nota 31. Art. 397.

mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales. 3. Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente. 4. Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado. 5. Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad.⁵⁷

El inciso tercero del artículo menciona a las sustancias tóxicas y peligrosas para la salud de las personas y el medio ambiente, cabe señalar, que tiene una aproximación con los artículos del Código Penal que sancionan las conductas delictivas que atentan en contra del medio ambiente. Estas normas, serán revisadas con posterioridad en éste trabajo.

Se habla también sobre el brindar tutela judicial efectiva en materia ambiental, en el sentido de que, en cualquier momento dentro del juicio se puede pedir medidas cautelares al juez, de modo que cese el daño que se puede estar dando en la naturaleza. Se menciona de nuevo, el tema de la carga de la prueba por la cual, constituye al demandado probar en un juicio.

Se habla sobre los mecanismos de control que debe tener el Estado, para prevenir la contaminación en el ambiente, así como recuperar aquellos espacios que han sido degradados por contaminación. Se hace referencia a los principios de precaución y reparación integral, en base a la responsabilidad objetiva de los agentes contaminadores. Le corresponde al Estado hacer que estas personas naturales o jurídicas, paguen y reparen el daño que producen, por eso es que estas infracciones se hacen imprescriptibles de conformidad con la nueva Constitución.

El cuarto inciso expresa la importancia de asegurar que las áreas protegidas sean intangibles, a fin de que se cuente con una conservación de los ecosistemas y la biodiversidad; aquí hay una remisión a los Instrumentos Internacionales, suscritos por el Ecuador en materia ambiental, que expresan su interés por cuidar y preservar la naturaleza.

⁵⁷ Ibid. Art. 397.

Finalmente el quinto inciso, nos dice que el Estado deberá crear un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales en base a los principios fundamentales ambientales de: inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad. Son principios, que se ven expresados en la Carta Mundial de la Naturaleza y en la Declaración de Río que fueron mencionados anteriormente.

Nos queda por abordar los últimos artículos de la Constitución. que tratan principalmente sobre la biodiversidad en el Ecuador, así por ejemplo el artículo 400 y siguientes nos dicen:

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.⁵⁸

Aquí se expresa el principio de soberanía del Estado sobre la biodiversidad, que equivale al derecho soberano del Estado fue revisado anteriormente, por ende, es el Estado quien ejerce las potestades de propiedad, administración, control y regulación sobre estos bienes. En la segunda parte del artículo, se observa que se habla de un “interés público”, el conservar la biodiversidad en base a los principios que se manifiestan en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, del cual nuestro país es parte. El concepto de soberanía y biodiversidad está ligado al concepto de soberanía alimentaria.

Art. 401.- Se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas. Excepcionalmente, y sólo en caso de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se podrán introducir semillas y cultivos genéticamente modificados. El Estado regulará bajo estrictas normas de bioseguridad, el uso y el desarrollo de la biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación, uso y comercialización. Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales.⁵⁹

⁵⁸ Supra Nota 31. Art. 400.

⁵⁹ Supra Nota 31. Art. 401.

Un transgénico es un producto que ha sido modificado genéticamente, de manera que aumente su poder nutricional y que sean más resistentes a las plagas. Sin duda aún se desconoce los efectos secundarios que pueden producir en las personas, pero muchos países desarrollados todavía los usan. La prohibición constitucional de productos transgénicos es absurda, porque atenta a la libertad de trabajo y a la libertad de ejercicio a una actividad económica; porque hay cientos de agricultores que se dedican a producir estos bienes, para lo que intentan implantar nuevas técnicas de agricultura, pero si existe de por medio una prohibición legal, no se permitiría que las personas introduzcan estas semillas, y por ende muchas personas quedarían sin empleo.

El artículo 402 nos dice que “se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.”⁶⁰ En artículo tiene una inconsistencia, que el legislador no anticipó antes de realizarlo, porque, aquellas persona que realicen descubrimientos con recursos biológicos en nuestro país, preferirán no obtener las patentes aquí en Ecuador, ya que se encuentran prohibidas por el mandato constitucional. Eso conduce a que las personas obtengan sus la patente en otro país, y con eso, se obtienen medicamentos costosos, fuera del alcance de aquellas personas que las necesitan pero tienen pocos recursos. Esto atentaría contra ese derecho a la salud que la misma Constitución consagra.

El artículo 403 dice que “el Estado no se comprometerá en convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza.”⁶¹ En base a este artículo Mario Larrea Andrade manifiesta:

Es un artículo general y poco preciso. No se señala si se refiere a convenios en el ámbito local o en el ámbito internacional. El Ecuador ha ratificado una serie de convenios internacionales que tienen relación con la conservación y desarrollo sustentable del medio

⁶⁰Supra Nota 31. Art. 402.

⁶¹ Supra Nota 31. Art. 403.

ambiente. Corresponderá interpretar el concepto de manejo sustentable vs desarrollo sustentable de la biodiversidad.⁶²

Resulta confuso distinguir entre “manejo sustentable y desarrollo sustentable”, si son sinónimos, entonces resulta contradictorio el que Ecuador se comprometa a cumplir con todos los Convenios e Instrumentos Internacionales que establecen un desarrollo sustentable y sostenible si en definitiva el Estado ecuatoriano no está dispuesto a cumplir con las disposiciones de éstos Convenios. Le corresponde al legislador dilucidar esta problemática, o a su vez, a la Corte Constitucional que es el órgano supremo sobre la interpretación constitucional.

La Sección Tercera de la Constitución de la República se encarga de regular el Patrimonio natural y los ecosistemas, en consecuencia, se obtienen los siguientes artículos:

Art. 404.- El patrimonio natural del Ecuador único e invaluable comprende, entre otras, las formaciones físicas, biológicas y geológicas cuyo valor desde el punto de vista ambiental, científico, cultural o paisajístico exige su protección, conservación, recuperación y promoción. Su gestión se sujetará a los principios y garantías consagrados en la Constitución y se llevará a cabo de acuerdo al ordenamiento territorial y una zonificación ecológica, de acuerdo con la ley.⁶³

Este artículo nos dice que todo patrimonio natural del Ecuador, es invaluable, y que comprende todo tipo de forma de vida; por eso se exige que sea protegido, conservado y cuidado. En los casos donde se requiera su recuperación integralmente, el Estado intervendrá con las leyes del lugar donde se haya producido el daño ambiental. Para la consecución de estos fines, el Estado deberá hacer uso de la Constitución, las leyes del lugar y la zonificación ecológica que sea aplicable.

Art. 405.- El sistema nacional de áreas protegidas garantizará la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. El sistema se integrará por los subsistemas estatal, autónomo descentralizado, comunitario y privado, y su rectoría y regulación será ejercida por el Estado. El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del sistema, y fomentará la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades que han habitado ancestralmente las áreas protegidas en su administración y gestión. Las personas naturales o jurídicas extranjeras

⁶² Supra Nota 1. p. 67.

⁶³ Supra Nota 31. Art. 404.

no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley.⁶⁴

El presente artículo, nos habla sobre el sistema nacional de áreas protegidas, que para garantizar la conservación de la biodiversidad y de las funciones ecológicas, se integrará a un subsistema patrocinado por el Estado, que le permita ser autónomo descentralizado y privado, pero al fin de cuentas, controlado por el Estado. Es el gobierno quién lo financia, de esta manera, las comunidades indígenas pueden colaborar en la administración y gestión de las tierras en las que han vivido durante un largo período de tiempo. Estas tierras protegidas, de conformidad a la Constitución, no se pueden adquirir a ningún título, ni tampoco se podrán concesionar a favor de ninguna persona jurídica para realizar actividades económicas que involucren la destrucción de la naturaleza.

Art. 406.- El Estado regulará la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados; entre otros, los páramos, humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos y manglares, ecosistemas marinos y marinos-costeros.⁶⁵

Este es otro artículo que procura la protección de ecosistemas sensibles como los bosques y los océanos. Para regular cada uno de ellos, tenemos normas como el Régimen Especial de Protección Penal para las Islas Galápagos, que aplica para los ecosistemas sensibles y la biodiversidad que hay en el mar; también existe la Ley Forestal y de Conservación de áreas naturales y vida silvestre, que como su nombre indica, fomenta el cuidado de bosques y de la diversidad que vive en ellos. Como respaldo adicional a estas dos leyes, se han firmado acuerdos que establecen límites a la pesca en el mar, así como acuerdos que establecen el aprovechamiento de madera en los bosques.

Art. 407.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés

⁶⁴ Supra Nota 31. Art. 405.

⁶⁵ Supra Nota 31. Art. 406.

nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.⁶⁶

Este artículo que “se prohíbe toda actividad que involucre la extracción de recursos no renovables en áreas protegidas”, que se vincula con el artículo 405. Sin embargo dice que excepcionalmente, la Presidencia puede explotar estos recursos con una petición fundamentada, y una declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional y como último recurso se convoca a consulta popular. Si son áreas fundamentalmente protegidas, y en especial si las tierras pertenecen a los pueblos indígenas y grupos ancestrales, por ende, se debe respetar su derecho de propiedad, administración y gestión, porque son derechos adquiridos que no se pueden vulnerar. Por su parte, le corresponde al Estado y la Asamblea, en el caso eventual de que decidan explotar tierras protegidas, deberán justificar claramente, que el beneficio de la actividad económica, es superior al de destruir definitivamente éste patrimonio natural.

Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.⁶⁷

Aquí se habla nuevamente sobre el principio de soberanía del Estado, en especial sobre los recursos no renovables, y el derecho que tiene, para usarlos y explotarlos. Así también, habla sobre el aprovechamiento que gozará el Estado de la exploración y explotación de estos recursos en todo contrato, cuya participación siempre deberá ser superior a los de la persona jurídica.

Una de las consecuencias que trajo esta norma, fueron las modificaciones y renegociaciones que se hicieron a todos los contratos petroleros que tenía el

⁶⁶ Supra Nota 31. Art. 407.

⁶⁷ Supra Nota 31. Art. 408.

Ecuador con las Compañías extranjeras. Muchas de estas empresas tuvieron que terminar los contratos porque no se veían conformes con el tipo de contrato de “prestación de servicios”, ni con los porcentajes de ganancia. Ante la incertidumbre que existe de los contratos y la poca seguridad, es que el Ecuador ya no es un atractivo comercial de inversión extranjera, como solía ser antes.

Esta Sección Quinta de la Constitución se refiere al cuidado del suelo, y a continuación se muestran los siguientes artículos:

Art. 409.- Es de interés público y prioridad nacional la conservación del suelo, en especial su capa fértil. Se establecerá un marco normativo para su protección y uso sustentable que prevenga su degradación, en particular la provocada por la contaminación, la desertificación y la erosión. En áreas afectadas por procesos de degradación y desertificación, el Estado desarrollará y estimulará proyectos de forestación, reforestación y revegetación que eviten el monocultivo y utilicen, de manera preferente, especies nativas y adaptadas a la zona.⁶⁸

En referencia a la conservación de suelo, debe evitarse su degradación en el que haya un uso apropiado del mismo conforme a un marco normativo de conformidad al desarrollo sustentable. Así también, el Estado deberá impulsar la reforestación, forestación y revegetación en los lugares que estén desérticos y la erosión esté propagando seriamente a su degradación.

El artículo 410 nos dice que “el Estado brindará a los agricultores y a las comunidades rurales apoyo para la conservación y restauración de los suelos, así como para el desarrollo de prácticas agrícolas que los protejan y promuevan la soberanía alimentaria.”⁶⁹ Aquí se fusionan el principio de conservación por un lado, y el de restauración por otro; en especial de aquellos lugares donde los suelos estén afectados y donde se pueda comprometer la soberanía alimentaria. Ambos preceptos fueron revisados en la Declaración de Río al inicio de este capítulo.

La Sección Sexta por su parte, de la Constitución de la República hace referencia al agua y por lo tanto, se observan los siguientes artículos:

⁶⁸ Supra Nota 31. Art. 409.

⁶⁹ Supra Nota 31. Art. 410.

Art. 411.- El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.⁷⁰

El Estado es el encargado de garantizar la conservación, recuperación integral del agua en todos sus ciclos. Toda actividad que pueda afectar a este recurso, deberá ser regulada de conformidad a este artículo y a las leyes y reglamentos; así también, se establece la sustentabilidad de los ecosistemas, y que abastecimiento para el consumo humano, son los propósitos más importantes de éste recurso.

El artículo 412 nos dice en cambio que “la autoridad a cargo de la gestión del agua será responsable de su planificación, regulación y control. Esta autoridad cooperará y se coordinará con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico.”⁷¹

La SENAGUA (Secretaría Nacional del Agua), es la encargada de controlar, regular concesionar este recurso; con el fin único de que haya un mejor manejo, aprovechamiento y abastecimiento del agua. De esta manera, se logra cumplir con lo que establece la Constitución, cuando menciona que hay tres objetivos principales: “conservación uso sostenible y la distribución justa y equitativa de los beneficios obtenidos de los recursos genéticos.”⁷²

La Sección Séptima habla sobre la Biósfera, la ecología urbana y las energías alternativas, a continuación se observan los siguientes artículos:

Art. 413.- El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua.⁷³

⁷⁰ Supra Nota 31. Art. 411.

⁷¹ Supra Nota 31. Art. 412.

⁷² Conabio. *Enfoque Ecosistémico*. 17 de Agosto de 2011. Disponible en: http://www.conabio.gob.mx/institucion/cooperacion_internacional/doctos/enfoq_eco.html.

⁷³ Supra Nota 31. Art. 413.

Lo que quiere expresar éste artículo, es que el Estado tiene la responsabilidad de incentivar y promover a la eficiencia energética, así como al desarrollo de tecnologías en energías renovables que no contaminan, que tienen bajo impacto, como el agua, la luz del sol, el aire, etc. También se dispone, que estas energías no deban afectar o poner en riesgo la soberanía alimentaria, ni a los ecosistemas que revisamos anteriormente en los Convenios y Declaraciones ambientales.

Art. 414.- El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo.⁷⁴

Aquí se mencionan las medidas que debe tomar el Estado, para mitigar el cambio climático que ocurre a causa de los gases invernadero en la atmósfera. Esto se lo incluye en la Constitución, porque como vimos al inicio de este capítulo, el Ecuador es parte de la Convención Marco sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Montreal y el Protocolo de Kyoto, que son Instrumentos relevantes a la problemática sobre el cambio climático y la cooperación que debe haber entre los países para que su impacto disminuya.

Art. 415.- El Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados adoptarán políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo, que permitan regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana e incentiven el establecimiento de zonas verdes. Los gobiernos autónomos descentralizados desarrollarán programas de uso racional del agua, y de reducción reciclaje y tratamiento adecuado de desechos sólidos y líquidos. Se incentivará y facilitará el transporte terrestre no motorizado, en especial mediante el establecimiento de ciclo vías.⁷⁵

Finalmente éste artículo estipula que, así como el Estado central y los gobiernos autónomos deben adoptar medidas que regulen el crecimiento urbano, que sin duda es uno de los mayores problemas para la contaminación, se debe incentivar al establecimiento de zonas verdes, donde haya uso racional del agua, tratamiento adecuado de los desechos sólidos y líquidos, así como motivar a la gente a que recicle.

⁷⁴ Supra Nota 31. Art. 414.

⁷⁵ Supra Nota 31. Art. 415.

Los artículos de la Constitución de la República, reflejan eminentemente esa necesidad de proteger al ambiente a través de los mecanismos normativos; por eso se confiere a la naturaleza, los derechos y garantías semejantes a los de los ciudadanos. El Estado adquiere un rol importante en la protección del ambiente y su conservación, por eso se le ha designado como su principal custodio. Toda actividad peligrosa en la que se explota un recurso no renovable, exige determinados requerimientos como estudios de impacto, permisos y licencias, que permitan mitigar el impacto en la naturaleza.

Una de las consecuencias que se le critica severamente a esta nueva Constitución, es la potestad se concede al Estado (aunque para muchos con un carácter arbitrario), de renegociar y cambiar los contratos petroleros para la explotación de crudo, dejando es desventaja a los inversionistas. Esto se debe a antes las compañías extranjeras adquirirían un porcentaje mayor, mientras que el Ecuador recibía muy poco por un recursos que le pertenecía. En la actualidad, los contratos son única y exclusivamente de prestación de servicios, en los que, la persona jurídica se encarga solo de extraer el crudo y se lo entrega directamente al Estado. En estos casos, es el Estado quien paga una cantidad importante por estas actividades a las compañías.

Las consecuencias a esto son, que la estabilidad del contrato y la seguridad jurídica se pierden por las arbitrariedades de un Estado quien decide cambiar las reglas del juego de un día para otro. En consecuencia, como ya se dijo, el Ecuador deja de ser un atractivo comercial para los inversionistas extranjeros y esto evidentemente afecta al comercio, la economía y los negocios en general.

Otra crítica que surgió con la promulgación de esta Constitución, tuvo que ver con el otorgamiento de derechos a favor de la naturaleza. Como se dijo anteriormente, no es concebible proporcionar derechos y garantías a favor de un ente que no puede conducirse por sí mismo. Se puede pensar que debido a su autonomía y a todos los elementos que lo integran, debe ser respetada y considerada por el hombre, quien es su principal agresor; sin embargo no existe un sujeto que pueda adquirir derechos y

que no le sean correlativos ciertas obligaciones. La naturaleza no puede exigir por sí misma sus derechos, pues no posee capacidad ni personalidad jurídica, que son características propias de una persona natural.

1.6. El Derecho Penal Ambiental como mecanismo para proteger el ambiente.-

La Real Academia Española define a la naturaleza como el “conjunto de seres vivos (seres humanos, animales, plantas) y a los fenómenos que se producen de manera natural, es decir, sin acción del hombre o de medios artificiales (como las lluvias o las nevadas).”⁷⁶

Esta definición es muy válida y clara para definir a la naturaleza, pero cabe añadir, también el hecho de que se halla inmersa en la vida cotidiana de toda persona y por ende en todo lo que nos rodea; así por ejemplo el agua, que es un recurso sustancial que usamos para ingerirlo, también para nuestro aseo personal diario. De igual manera el aire, que respiramos cada segundo y que oxigena los pulmones y el sol que ilumina y mantiene caliente el planeta a lo largo del día. Todos estos componentes, se encuentran inmersos en esa universalidad que es la naturaleza.

La importancia de la naturaleza, consiste en no abusar de sus recursos porque:

Al abusar o hacer mal uso de los recursos naturales que se obtienen del medio ambiente, lo ponemos en peligro y lo agotamos. El aire y el agua están contaminándose, los bosques están desapareciendo, debido a los incendios y a la explotación excesiva y los animales se van extinguiendo por el exceso de la caza y de la pesca.⁷⁷

En consecuencia, la búsqueda por mejorar la situación de nuestro país y del planeta en general, es el motivo por el que se han creado los programas de las Naciones Unidas, con el fin de que los países busquen mejorar su desarrollo con el desarrollo sustentable; es una herramienta valiosa y sirve para que no se ponga en mayor riesgo el medio ambiente.

⁷⁶ Real Academia de la Lengua Española. *Definición de Naturaleza*. 18 de Agosto del 2011. Disponible en: <http://definicion.de/naturaleza/>.

⁷⁷ Centro de Información de las Naciones Unidas. México, Cuba y República Dominicana. *Medio Ambiente*. 18 de agosto del 2011. Disponible en: http://www.cinu.org.mx/ninos/html/onu_n5.htm.

Para situar la relación que existe entre el Derecho Penal y el Derecho Ambiental, debemos considerar que el cambio climático, la destrucción de la naturaleza y la extinción de las especies, han sido temas preocupantes para la comunidad internacional en las últimas décadas. En ese sentido, se han creado ONG's (Organizaciones No Gubernamentales) a favor del ambiente y las especies; así también se han firmado diferentes Instrumentos Internacionales, revisados anteriormente, los cuales en un sentido general procuran la protección y conservación de la naturaleza en base a las técnicas del desarrollo sustentable.

Los antecedentes del Derecho Penal Ambiental se encuentran en el Derecho Ambiental, que se ha encargado de la tutela del ambiente, a través de un sistema de normas y principios, que buscan regular la incidencia de la actividad del hombre en el medio. Así mismo, estas determinan límites permitidos a su contaminación, licencias y permisos, para que se pueda ejecutar una actividad económica determinada. Así nos explica Jorge Mosset Iturrasspe, Tomas Hutchinson y Edgardo Alberto Donna:

[...] Si el objeto del Derecho Ambiental consiste en protegerlo, y en responsabilizar a quien lo dañe, lo primero que habrá que delimitar son las partes del conjunto, los elementos que lo integran y que deben ser protegidos. Parece no haber duda en relación a la inclusión del agua, el aire, el suelo, y la naturaleza en general- flora, fauna y espacios naturales-, extendiéndose cada vez más la idea de que deberían incluirse también el patrimonio histórico e incluso otros bienes.⁷⁸

El objetivo principal de estas normas, es crear una consciencia social en las personas de manera que se cumplan con los límites permitidos de contaminación que se encuentran en el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundario. Sin embargo, estas normas en ocasiones no son lo suficiente efectivas y por ende no logran su cometido en la sociedad; ahí es donde opera el Derecho Penal Ambiental, que produce una verdadera advertencia a sus infractores, ya que las sanciones involucran pérdida de la libertad, sin perjuicio de las acciones civiles por daño extracontractual que prevé el Código Civil.

⁷⁸ J. Mosset Iturrasspe. Et. Al. *Daño Ambiental, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p.305.

Así es que estas dos ramas del Derecho se fusionan y conforman una nueva llamada Derecho Penal Ambiental, en que se observan dos funciones: el proteger el ambiente frente a las lesiones de los sujetos activos y sancionarlos con las penas económicas y de prisión que prevé la norma penal.

Para la preservación de los ecosistemas, siempre se debe verificar ante qué sociedad se va a hacer aplicable este derecho, es decir el nivel de conciencia social a la que se enfrenta, y para ello es necesario analizar cada escala de valores, examinar cuáles interés individuales existen y bien común de cada sociedad. Por ejemplo, si se trata de una sociedad que dedica sus actividades diarias a contaminar el ambiente y a destruir los recursos naturales para poder sobrevivir, la norma será menos lesiva, frente a las actividades que se desarrollan en una sociedad que tiene estabilidad económica, con una producción masiva con tecnológica de punta, que se esperaría que no cause ningún daño ambiental, pero aún así lo hace; se debe aplicar el Derecho Penal Ambiental.

Este Derecho juega un papel importante en toda sociedad, y está vinculado a las políticas públicas, políticas y económicas de cada Estado, de modo que se logre combatir y mitigar la degradación ambiental.

Empero en el Ecuador, las penas por los delitos en contra del ambiente son mínimas y no logran erradicar estas conductas. Es contrario totalmente a lo que establece la Constitución de Montecristi, en la cual se observa una visión ecologista en la que prevalece la naturaleza. Por eso las normas penales ambientales deben ser modificadas, porque en el caso de que la aplicación de las normas ambientales no funcionan, entonces se recurre a las penales para que se apliquen con todo el rigor y desplieguen todas sus consecuencias para los infractores. Al respecto Edgardo Alberto Donna nos dice que “la necesidad de protección penal al medio ambiente parece pues ineludible, más aún cuando la norma constitucional reconoce, de manera explícita, el derecho a un ambiente sano.”

Habiendo dicho esto, cabe mencionar el carácter subsidiario que tiene del Derecho Penal Ambiental respecto del Derecho Ambiental. El primero es un

derecho preventivo por excelencia, ya que permite prevenir el daño ambiental antes de que éste se produzca; el segundo en cambio, opera únicamente cuando la sanción administrativa es insuficiente por su gravedad. El tratadista José Santos Dittonos dice que:

[La] norma penal, debe reservarse para conductas más graves, para cumplir también una función preventiva. Su condición de última ratio, debe castigar conductas que ponen en peligro bienes jurídicos, de singular relevancia social, con las sanciones más radicales de que el estado dispone. Por lo tanto, se recomienda que el Derecho Penal, solo intervenga en la tutela de bienes de mucha importancia y también ante delitos más lesivos.⁷⁹

De acuerdo con el Ab. Fernando Morán Herrera:

[El] Derecho del Ambiente se ocupa principalmente de combatir los peligros que amenazan nuestras vidas, esto es, nuestro equilibrio natural, en virtud de que nosotros como seres humanos formamos parte de un gran conjunto que es el Medio Ambiente y su entorno.⁸⁰

En el mismo sentido para Ramírez Ramos esta rama del Derecho Ambiental es:

[Es] secundario, en el sentido que corresponde a las normas no penales el papel primario en su protección, y accesorio en cuanto a que su función tutelar solo puede realizarse apoyando la normativa administrativa que de modo principal y directo, regula y ampara la realidad ambiental.⁸¹

En torno al nexo que existe entre el Derecho Penal y el Derecho Ambiental, el Ab Fernando Morán nos indica ciertamente que:

[La] relación entre el Derecho Penal para con el Derecho del Ambiente, es considerada como accesorio o supletoria, en virtud que el Derecho Penal dentro de la rama ambiental se acciona única y exclusivamente cuando el daño producido al Medio Ambiente es de tal magnitud que se necesita una acción más severa para sancionarlo.⁸²

Finalmente, Ricardo Crespo Plaza indica que las leyes de Derecho Penal Ambiental son fundamentalmente:

⁷⁹ J. Santos Ditto. *Derecho Ambiental*, dice: “La norma penal, debe reservarse para conductas mas graves, para cumplir también una función preventiva. Su condición de última ratio, debe castigar conductas que ponen en peligro bienes jurídicos, de singular relevancia social, con las sanciones más radicales de que el estado dispone. Por lo tanto, se recomienda que el Derecho Penal, solo debe intervenir en la tutela de bienes de mucha importancia y también ante delitos más lesivos.” Citado por: F. Morán Herrera. *Delitos y Contravenciones Penales Ambientales*.P.545.

⁸⁰ Ibid. P. 539.

⁸¹ Ramírez Ramos: “El derecho penal ambiental es secundario , en el sentido que corresponde a las normas no penales el papel primario en su protección , y accesorio en cuanto a que su función tutelar solo puede realizarse apoyando la normativa administrativa que de modo principal y directo, regula y ampara la realidad ambiental.” Citado por: F. Morán Herrera. *Delitos y Contravenciones Penales Ambientales*, P. 545

⁸² Supra Nota 81. P. 539.

[...] Normas que establecen derechos y obligaciones para los ciudadanos con el fin de proteger y conservar el medio ambiente tienen evidentemente un fin público, la protección ambiental de los sistemas ecológicos constituyen la base para el sostenimiento de todas las formas de vida y por lo tanto su protección es de interés colectivo.⁸³

Cuando existe una conducta que el legislador considera indeseable, se las ve plasmadas en la norma jurídica de tipo penal, para la cual se establece una sanción que puede afectar la libertad, la propiedad privada, el patrimonio y en algunos casos, la integridad física de los sujetos activos.

1.7. El Derecho Penal Ambiental. Definición.-

El Derecho Penal Ambiental, según Mauricio Libster, puede ser definido como “el conjunto de normas jurídicas de contenido penal tendientes a la protección del entorno en el que vive el hombre y con el que se relaciona”⁸⁴. Diethell Columbus Murata dice que:

El delito ambiental es un delito social, pues afecta las bases de la existencia social económico, atenta contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas y culturales, pone en peligro las formas de vida autóctonas en cuanto implica destrucción de sistemas de relaciones hombre-espacio.

En cuanto al espectro de protección del Derecho Penal Ambiental, el tratadista Muñoz Conde dice que es:

El mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, como de la flora y fauna, y las condiciones ambientales de desarrollo de esas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales.

En resumen, este es un Derecho que comprende un conjunto de principios esenciales, cuyo fin es el de proteger al hombre, el medio ambiente y a los recursos naturales que lo comprenden; fusionado con el derecho de castigar que tiene el Estado su favor, y que se aplica para sancionar conductas que afectan determinados bienes jurídicos.

⁸³ R. Crespo Plaza. *La política del medio ambiente y el Derecho Penal Ambiental en el Ecuador*. P. 1.

⁸⁴ M. Libster, *Delitos Ecológicos*, Madrid: Depalma, P. 235.

Todos los autores antes mencionados, concuerdan en que el Derecho Penal Ambiental engloba cuidado y la preservación del ambiente y sus diferentes ecosistemas, tomando en cuenta al ser humano quien se encuentra en constante relación con sus recursos y quien además se la ha encomendado la obligación de su cuidado y respeto.

CAPÍTULO 2.- Nociones Generales de Derecho Penal

2.1. ¿Qué es un delito?

Teniendo en cuenta que el Derecho Penal Ambiental nace de las ramas del Derecho Ambiental y del Derecho Penal, porque suple las necesidades sancionadoras que el primero no puede lograr, es un derecho al que se le atribuye el cambio de las conductas incorrectas en las personas; tiene la desventaja de ser enteramente correctivo y subsidiario.

El derecho penal debe ser visto como la herramienta más eficiente para modificar conductas en las personas, mientras que el derecho ambiental solo impone multas, el primero puede atribuir sanciones pecuniarias y otras privativas de libertad. Por ejemplo, una persona que contamina fuera de los límites establecidos o que comete cualquier ilícito en contra de la naturaleza, siempre pensará que es más sencillo pagar una multa que ser llevado a la cárcel. Por eso Jorge Eduardo Buompadre y Liliana Rivas coinciden con este pensamiento y reiteran que “el derecho penal es la herramienta más adecuada para sancionar los ataques a este singular bien jurídico (naturaleza).”⁸⁵

En el tema que corresponde analizar ahora, trata fundamentalmente sobre el derecho penal ambiental, que como ya se ha dicho, es una combinación de dos ramas del derecho, cuyo fin principal es de precautelar el bien jurídico protegido naturaleza. Citando nuevamente a los dos autores dicen que la función del derecho penal ambiental es por excelencia:

⁸⁵ J.E. Buompadre y L. A. Rivas. “La protección Penal del Medio Ambiente”. En: *Derecho Penal Económico*. Dir: Fabián I. Balcarde, Córdoba: Editorial Mediterránea, p. 183.

[...] Secundario, en el sentido de que corresponde a las normas no penales el papel primario de su protección y accesorio en cuanto a su función tutelar sólo puede realizarse apoyando la normativa administrativa que le dé modo principal y directo regula y ampara la realidad ambiental.⁸⁶

Para entender el alcance de esta rama relativamente nueva en el derecho, atañe regresar a temas de carácter general de derecho penal como: ¿qué es un delito?, ¿qué es la culpa?, ¿qué es el peligro para la doctrina? Para de ahí abordar temas como: la definición de los delitos ecológicos, saber si son culposos o dolosos, el planteamiento de la peligrosidad, porqué son delitos de peligro y saber qué son las normas penales en blanco. Esto ayudará a entender si las normas penales que sancionan los delitos en contra del ambiente son realmente eficaces y si cumplen su propósito en la sociedad.

Antes de abordar enteramente sobre la teoría del delito, es importante mencionar y definir brevemente qué es la imputabilidad, pues es una de las partes más importantes dentro del delito, y que en pocas palabras puede ser definido como, el ser capaz de ser culpable por una acción, o específicamente en términos jurídicos José Rodríguez Devesa dice que es “la capacidad de actuar culpablemente”.⁸⁷

Los requisitos básicos para que haya imputabilidad son: el conocimiento y la voluntad; Allan Arburola Valverde enseña que “el primero implica la capacidad de conocer el alcance de los actos que realiza; la segunda, la posibilidad de acomodar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico”⁸⁸. En el mismo sentido Juan Bustos Ramírez dice que:

La fórmula actualmente utilizada señala que ser imputable implica la capacidad de conocer la ilicitud del obrar y de poder actuar conforme a tal conocimiento. En definitiva simplemente se pone el acento sólo en dos aspectos psicológicos, en el referente al conocimiento (momento cognoscitivo) y el relativo a la voluntad (momento volitivo).⁸⁹

⁸⁶ Ibid. p. 200.

⁸⁷ Ibid. p. 448.

⁸⁸ A. Arburola Valverde. *Imputabilidad Penal*. 18 de noviembre del 2008. 01 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.mailxmail.com/curso-culpa/imputabilidad-penal>.

⁸⁹ J. Bustos Ramírez. *La Imputabilidad Penal y la Edad Penal*. 01 de septiembre de 2011. Disponible en: http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf, p. 1.

Estos dos requisitos son indispensables para identificar la imputabilidad en un sujeto activo, porque deberá tener el conocimiento de que la acción que realiza es incorrecta, y que por tanto tiene una sanción; pero así también hay una voluntad de realizar esa acción que conlleva un daño para el sujeto pasivo.

La imputabilidad no se limita al conocimiento y a la voluntad, existen también otros factores que ayudan a la comprensión más amplia de este término jurídico. Citando nuevamente a Allan Arbuola Valverde, se distinguen tres elementos adicionales a tener en cuenta:

- a) *La madurez mental*: implica un grado de desarrollo de la capacidad mental del individuo acorde con su edad.
- b) *La salud mental*: permite al individuo establecer debidamente las relaciones que requieren los juicios necesarios para comprender y dirigir la conducta (en caso de ausencia se da la inimputabilidad por falta de salud mental);
- c) Que el individuo actúe poseyendo conciencia suficiente en el momento que lo hace (si ella no alcanza el nivel mínimo necesario para la correcta formulación de los juicios referidos, se da la inimputabilidad por inconsciencia.⁹⁰

De estos tres elementos mencionados, se infiere que un sujeto para ser imputable por un delito deberá ser: mentalmente maduro en cuanto a su desarrollo mental y edad, ser capaz mentalmente y que actuar con conciencia. Estos tres elementos traen consigo grandes discusiones dentro de la doctrina, que no son materia de análisis en este trabajo, por lo que conviene simplemente enunciarlos a fin de tener una idea general sobre la teoría general del delito.

Por otro lado, un delito penal es un acto que es punible por las leyes, es decir aquel que la ley prescribe y que tiene una sanción determinada. Así por ejemplo nuestro Código Penal en el Art. 1 menciona que las “leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena.”⁹¹ De igual forma el Art. 10 del Código dice que “son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.”⁹²

⁹⁰ Supra Nota 90.

⁹¹ Supra Nota 93. Art. 1.

⁹² Ibid. Art 10.

De acuerdo con Ernesto Albán Gómez el delito penal es “aquel acto que ofende gravemente el orden ético-cultural de una sociedad determinada en un momento determinado y que, por tanto, merece una sanción.”⁹³ Francisco Carrara define también al delito como “la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso.”⁹⁴

Alberto A. Campos, nos dice que el delito es “[...] el producto de la conducta humana, no aislada sino en permanente interferencia subjetiva.”⁹⁵ El mismo autor continúa añadiendo que el delito nace “como consecuencia de la preexistencia de la acción del hombre en una sociedad dinámica, ante la necesidad de regular el permanente entrecrocarse de todos aquellos que mantienen la relación primaria de agruparse.”⁹⁶

Finalmente, Carlos Creus dice que “al imponer la pena como sanción especial, que se suma a cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, convierte a la conducta prohibida en delito.”⁹⁷ En resumen, se ha definido al delito como aquel acto, típico, antijurídico y culpable, que cuenta con una sanción de conformidad a la ley y que los jueces están en la obligación de aplicarla si la acción del sujeto activo se acopla a la conducta descrita en el tipo penal.

Los delitos engloban determinado valor jurídico dentro de una sociedad, denominados también como “bien jurídico protegido”. A estos bienes el Estado busca proteger y resguardar, por eso son intocables. Su transgresión acarrea una sanción punible y que deberá ser aplicada por un juez.

⁹³ E. Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: EDI-LEGALES, p. 108.

⁹⁴ *Ibid.* p. 108

⁹⁵ A. Campos. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 95.

⁹⁶ *Ibid.* p. 96.

⁹⁷ C. Creus. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: EDI- Astrea, 2004, p. 1.

2.2. Elementos jurídicos del delito.-

Ernesto Albán Gómez, dice que los cuatro elementos constitutivos del delito para que éste sea imputable son:

1. El delito como acto, ya que el primer elemento, el sustento material del delito es la conducta humana; los 3 elementos restantes son calificaciones de esa conducta, son adjetivos que matizan el sustantivo inicial del concepto.
2. Acto típico- Porque esa conducta deberá estar previa y expresamente descrita por la ley penal;
3. Antijurídico- porque esta conducta es contraria al derecho, lesiona un bien jurídico penalmente protegido;
4. Acto culpable- porque, desde el punto de vista subjetivo, ese acto le puede ser imputado y reprochado a su autor.⁹⁸

Para saber si efectivamente es una conducta delictiva, deben concurrir estos cuatro elementos, de lo contrario, no existe delito ni responsabilidad penal. Esta es la estructura más aceptada en la doctrina, sin embargo, hay autores que cuentan a la tipicidad y a la antijuricidad como un solo elemento y otros que agregan a la punibilidad como otro elemento separado del delito.

2.2.1. Los sujetos en un delito penal.-

En la mayoría de tipos penales, especialmente aquellos que requieren la ejecución de una acción, se reconocen dos tipos de sujetos: uno activo y otro pasivo. Para Ernesto Albán Gómez, el primero es:

[...] El agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente. El sujeto activo es, en muchos casos, un solo individuo; pero en otros casos serán varios los que realizan el acto en conjunto o que cooperan a su realización. En tales situaciones deberá establecerse el grado en que cada uno intervino en la ejecución del delito, lo cual determinará la pena que deba recibir.⁹⁹

El mismo autor, nos dice que el sujeto pasivo es:

⁹⁸ Supra Nota 95. p. 111.

⁹⁹ Supra Nota 95. P. 115.

[...] El titular del bien jurídico lesionado por la comisión del delito. También puede ser una sola persona o pueden ser varias. Aunque en el lenguaje criminológico suele llamársele víctima, este concepto puede en algunos casos no coincidir inevitablemente con el sujeto pasivo. Así, por ejemplo, a una persona que se le sustrajo un bien será la víctima, pero el bien no le pertenecía y el dueño del mismo será el sujeto pasivo.¹⁰⁰

Es decir, el sujeto activo será siempre quien ejecute el delito en contra del sujeto pasivo, quien no necesariamente será una persona. Pueden ser varios los agentes que realicen la conducta ilícita. Esto dependerá de que si todos actuaron colectivamente al mismo tiempo; o de que se pueda identificar al autor del delito, a sus cómplices o encubridores.

2.2.2. Las personas jurídicas como sujetos activos del delito.-

Las personas jurídicas pueden ser consideradas como sujetos potenciales de delitos, en especial de aquellos que se perpetran en contra de la naturaleza. Ante esto, Ernesto Albán dice que: “muchos delitos se cometen no sólo para beneficiar a personas jurídicas, sino que se cometen a través de ellas, utilizando sus dependencias, personal, documentos y facilidades.”¹⁰¹

En general, la ley penal prevé que este tipo de conductas nocivas para el medio ambiente son realizadas por personas naturales y no por personas jurídicas, pues aún no se ha pretendido reformar la norma, de modo que se implemente la responsabilidad penal para las personas jurídicas.

La responsabilidad penal para estos sujetos no existe, porque tal como indicia el Código Civil, las personas jurídicas son entes ficticios, que si bien son capaces de adquirir derechos y obligaciones, siempre están vinculadas a quien las representa en juicios o fuera de ellos; esa persona natural que actúa y toma las decisiones en su nombre. Por ende, si es ficticia, no puede atribuírsele una responsabilidad penal.

Al respecto, Ernesto Albán Gómez enseña algunos argumentos por los las personas jurídicas son incapaces de cometer un delito:

¹⁰⁰ Supra Nota 95. P. 115.

¹⁰¹ Supra Nota 95. P.117.

1. [...] La persona jurídica no puede realizar el acto delictivo, pues éste exige voluntad, que solo es posible en la persona natural. La persona jurídica, en lo lícito y en lo ilícito, actúa siempre a través de personas naturales, que toman resoluciones, elaboran y firman documentos, contratos, etc.
2. A la persona jurídica no se le puede hacer el reproche propio de la culpabilidad, entendida como la entiende el Derecho Penal, es decir como el elemento subjetivo del delito, como la vinculación psicológica y normativa de una persona con el acto concreto, por el cual se le puede reprochar. Tal vinculación es imposible en la persona jurídica, que no tiene individualidad ni conciencia y voluntad propias, como para tomar decisiones que signifiquen violación de la ley penal y por las cuales se la puede hacer responsable.
3. Así mismo a la persona jurídica no se le pueden aplicar las penas, al menos las más características en todos los sistemas penales, como son las que afectan a la libertad individual de la persona. Tampoco las penas podrían cumplir las finalidades retributiva, preventiva o rehabilitadora que habitualmente se les asigna. En cuanto a las penas que si sería posible aplicar (multas, inhabilitaciones o cancelación de la personalidad jurídica), en realidad se confundirían con sanciones puramente administrativas.¹⁰²

En el mismo aspecto, Mario Larrea Andrade comparte:

En el Ecuador, la responsabilidad por los ilícitos cometidos en materia ambiental, de acuerdo con la tipificación de los delitos establecida en el Código Penal, recae en las personas naturales que adoptaron las decisiones, por lo que si éstos han sido cometidos por personas jurídicas, deberá la sanción recaer y hacerse extensiva, a los administradores y a quienes las ejecutaron. No debiendo perderse de vista el hecho que en los casos en que los socios o administradores que conociendo o debiendo conocer del ilícito a cometer, guarden silencio sobre él o no se opongan a su comisión incurrir en una conducta omisiva que puede generar responsabilidad penal. Así los administradores, no solamente el gerente sino también los miembros de la junta directiva y aún de la junta de socios o asamblea de accionistas pueden verse involucrados.¹⁰³

En otras legislaciones, los avances normativos han permitido que se adopte la postura de sancionar penalmente a la persona jurídica, cuando hayan conductas que agredan a la naturaleza; es el caso de algunos países como Venezuela y Brasil que se revisará más adelante. Sin embargo nuestro régimen, todavía maneja el sistema tradicional de no imputar por un delito a un ente que es por excelencia ficticio.

En el eventual caso de que se pretendiera extender la responsabilidad penal para las personas jurídicas, se deberá prescindir de ciertos elementos del tipo penal, como por ejemplo: la culpabilidad, que es exclusiva en las personas naturales, en la que si bien el agente tiene conocimiento del daño que se produce, nunca querrá el

¹⁰² Supra Nota 95. p. 119.

¹⁰³ Supra Nota 1. p. 193.

resultado final. Pero es un elemento sumamente difícil de comprobar en el caso de las personas jurídicas; en consecuencia, todo ilícito que provenga de uno de estos sujetos deberá ser sancionada como si se hubiere realizado con dolo.

Otra justificación importante, es el hecho de que no se puede atribuir una responsabilidad propia de una persona natural a un ente ficticio, porque éste último carece de capacidad para obrar por sí mismo; solo las personas naturales detrás de éstas, en el desempeño diario de sus funciones realizar un ilícito contra el ambiente.

Normalmente en una persona jurídica son los operadores, jefes, socios, gerentes, administradores y demás, quienes dan las órdenes de realizar u omitir determinadas actividades. Incluso fuera de ellas, puede ser que los mismos funcionarios que trabajan en los órganos reguladores, los que autoricen que se cometa un ilícito en contra del ambiente.

Por eso es de suma importancia, aclarar que esta responsabilidad se imputa única y exclusivamente a quienes dirigen, coordinan, controlan y administran, determinadas actividades que se deben ejecutar dentro y fuera de las compañías: por eso, deben ser éstas personas las que respondan civil y penalmente. No es posible desconocer la responsabilidad penal de las personas naturales que se encuentran involucradas, respondiendo a título personal, conforme lo establecen las normas penales.

La obligación que proviene de un daño ambiental para las personas jurídicas, ha de recaer siempre sobre el dirigente de las mismas. Las acciones pueden tener un carácter extracontractual o penal; para el segundo, si se llegare a probar efectivamente se han afectado derechos subjetivos. En la vía civil, las personas afectadas con el daño, pueden interponer una demanda por daños y perjuicios en la que la cuantía se mida de conformidad al lucro cesante y al daño emergente. También, siguiendo los lineamientos de nuestra Constitución, se puede solicitar al juez la reparación integral del daño, o la restitución de las cosas a su estado primitivo.

2.2.3. Los sujetos pasivos en el delito.-

Para Ernesto Albán Gómez los sujetos pasivos de un delito son los siguientes:

- a) La persona natural: cualquiera sea su edad, condición o capacidad jurídica puede verse lesionada en aquellos bienes jurídicos de los cuales es titular: la vida, la salud, la honra, la libertad y la propiedad.
- b) El estado: también puede ser lesionado en aquellos bienes jurídicos propios de su naturaleza, como son la seguridad externa e interna, la correcta administración pública, etc.
- c) La comunidad: en ciertos delitos no hay persona natural o jurídica que resulte directamente lesionada por la actividad delictiva. Se trata de casos en que el delito afecta a bienes jurídicos de carácter general o común, en todo caso supraindividuales, pues su titular no es una persona en particular, sino la comunidad en su conjunto. Tales son, en el ámbito tradicional, los delitos contra la seguridad pública, la salud pública o la moral pública; pero también los nuevos delitos ambientales y económicos, etc.
- d) La naturaleza: juristas vinculados a los movimientos ecológicos han venido sosteniendo en los últimos años la posibilidad de reconocer a la naturaleza como titular, con autonomía de ciertos derechos que podrían ser lesionados penalmente a través de delitos de destrucción de biosistemas, extinción de flora y fauna, etc.
- e) Los animales no son titulares de derecho y no pueden ser por tanto sujetos pasivos de delito. En los delitos cuya acción se dirige contra animales, el sujeto pasivo será el propietario del animal. En algunas legislaciones se tipifica el delito de maltrato a animales, aunque el autor, sea el mismo propietario; en este caso el sujeto pasivo sería la comunidad.¹⁰⁴

La naturaleza es el sujeto pasivo de la contaminación, cuando hay un eco delito, pero las personas, la comunidad, los animales y el Estado se ven de alguna manera afectados. Se pone en riesgo, diferentes bienes jurídicos que también se ven afectados. En temas de contaminación la cantidad de residuos arrojados al ambiente, incrementa y despliega efectos a lo largo del tiempo, sin que la naturaleza pueda restaurarse. En nuestro país sobre todo, estas prácticas son parte del día a día, existe una falta de educación y cultura por parte de las personas, que no mejorará si el Estado tampoco contribuye con su labor de controlar la emisión de contaminación en el ambiente.

Pese al reconocimiento constitucional que existe frente a los derechos que tienen la naturaleza, los diferentes organismos ambientales que existen en el Ecuador, deben brindar mayor seguridad al ambiente y a sus componentes; para eso deben aplicar y poner en práctica las leyes y reglamentos, con las debidas sanciones si lo

¹⁰⁴ Supra Nota 95. p. 119.

ameritan, de manera que se pueda controlar y corregir las conductas que afectan a la naturaleza.

En ámbito penal de las normas que sancionan las conductas que afectan al ambiente, éstas deben ser optimizadas, para eso es recomendable que se reformen los artículos del Código Penal, ya que las sanciones existentes son irrisorias o mínimas, que por ningún motivo resarcen los daños causados por dichas infracciones penales, ni tienen congruencia con lo que establece la Constitución de la República.

2.3. ¿Qué es un delito ecológico?

Se entiende por delito ecológico, aquellas acciones que realizan las personas naturales y jurídicas cuando afectan gravemente los componentes naturales como: el aire, el agua, el suelo, la fauna, la flora, los minerales y los hidrocarburos. Toda conducta que afecta estos recursos, se encuentra en la Ley de Gestión Ambiental, en el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundario, y como respaldo secundario en el Código Penal. Lo que quiere decir, que al estar descritas como prohibidas, su violación acarrea responsabilidad administrativa, penal e incluso civil. Se puede decir también que un delito ecológico:

Es una figura de carácter jurídico- penal que sanciona el peligro o lesión al ambiente, entendiéndolo como plataforma para el mantenimiento y desarrollo de la vida en general, y de la vida humana en particular, en el marco del desarrollo económico, tecnológico y cultural.¹⁰⁵

Diethell Muranta nos dice que en los delitos ambientales:

[..] La conducta descrita en una norma de carácter penal cuya consecuencia es la degradación de la salud de la población, la calidad de vida que ésta o del medio ambiente y que se encuentra sancionada con una pena expresamente determinada. El delito ambiental o ilícito ambiental, es el hecho antijurídico, previsto por el derecho positivo, lesivo del derecho al ambiente, o sea al aspecto esencial de la personalidad humana, individual y social, en relación vital con la integridad y el equilibrio del ambiente, determinado por nuevos trabajos o acciones sobre el territorio y por alteraciones voluntarias, químicas o físicas o por cualquier otro atentado o perjuicio, directo o indirecto, o en uno o más componentes naturales o culturales y las condiciones de vida de

¹⁰⁵ A. Rojas. *Derecho Penal Ambiental*. 07 de Julio de 2011. Disponible en: <http://www.slideshare.net/alrojasp/derecho-penal-ambiental-venezuela>.

los seres vivos. El delito ambiental es un delito social, pues afecta las bases de la existencia social económica, atenta contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas y culturales, pone en peligro las formas de vida autóctonas en cuanto implica destrucción de sistemas de relaciones hombre-espacio.

Estas acciones atentan el bien jurídico protegido naturaleza¹⁰⁶, y que a pesar de estar contenidas en una ley especial, los efectos, resultado de la contaminación son tan graves, que no pueden ser subsanados con una sanción meramente administrativa. Es allí donde debe intervenir el aparato estatal, con la potestad de sancionar estas conductas ilícitas, que se encuentran debidamente tipificadas, porque resultan nocivas para los ecosistemas, para la salud y la vida de las personas; sin perjuicio de los daños que se puedan ocasionar, en contra del patrimonio de las personas, cuyo caso, existe una responsabilidad civil, por daños extracontractuales.

Es necesario mencionar que si bien el Derecho Penal sanciona todo tipo de conductas contrarias al ordenamiento jurídico, en Derecho Ambiental, tiene la desventaja de ser subsidiario; porque es la norma ambiental la que se encarga de precautelar en primera instancia el cuidado al medio ambiente, y solo cuando esta resulte insuficiente, se aplica la ley penal. Que normalmente, impone un castigo que limita la libertad de los individuos.

A continuación se revisan brevemente los elementos fundamentales en materia penal, como por ejemplo: qué es el Derecho Penal, los principios básicos aplicables, qué es un delito, la responsabilidad penal, los sujetos involucrados en el delito, los delitos de peligro y finalmente el situar la barrera entre lo penal y lo ambiental, que juntos conforman el Derecho Penal Ambiental.

2.4. La culpa en los delitos ecológicos.-

La culpabilidad, es uno de los elementos que debe concurrir dentro del tipo penal, de manera que se pueda atribuir responsabilidad penal sobre los sujetos activos. La

¹⁰⁶ El bien jurídico protegido que es el medio ambiente, debe ser entendido como el único motivo punible de aquellas conductas descritas en un tipo penal. Supra Nota 1. p. 191.

definición precisa para la culpabilidad, es la que nos dice Miguel Ángel Soto Lamadrid:

La culpabilidad se desenvuelve en dos etapas: la comprobación de si el autor de lo ilícito pudo conocer que el hecho era de carácter delictivo (problemática del error de prohibición) y, una vez afirmado esto, debe verificarse si el autor podría comprender la antijuricidad de su acción y comportarse de acuerdo con esa comprensión (problemática de la capacidad de culpabilidad). Ambos momentos se estudian en la teoría de la culpabilidad.¹⁰⁷

Lo que quiere decir con esto el autor, es que los delitos culpables, son aquellos que se producen teniendo conocimiento de que el hecho es ilícito, sin tener voluntad por parte del agente de causar un daño. Esto es muy diferente a lo que ocurre con el dolo, donde hay conocimiento y además hay voluntad de producir un daño y un resultado; en la culpa se omite “el querer un resultado”, por parte del sujeto activo.

Ángel Soto Lamadrid dice que “la culpa existe cuando el resultado no se previó siendo previsible; cuando habiendo sido previsto se tuvo la esperanza de que no se realizaría, o en casos de impericia o falta de aptitud.”¹⁰⁸

La culpa, también es conocida dentro de la doctrina como “imprudencia” porque son sinónimos. Sin embargo, el que una persona sea culpable por un delito, no le exime de la responsabilidad penal, a pesar de que las penas son sustancialmente menores a las que se imputan por dolo. En este sentido, el artículo 14 del Código Penal dice lo siguiente:

La infracción es dolosa o culposa.

La infracción dolosa que es aquella en que hay el designio de causar daño, es:

La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de Ley, reglamentos u órdenes.¹⁰⁹

¹⁰⁷ M. A. Soto Lamadrid. *Lesiones que ponen en peligro la vida. Dolo, culpa y preterintención en homicidios y lesiones. Coparticipación y delitos emergentes. Sistemas punitivos. Valoración jurídica de los dictámenes medicolegales*. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 32.

¹⁰⁸ Ibid. p. 34.

¹⁰⁹ Supra Nota 93. Art. 14.

La culpa, no es solo importante dentro de la Teoría General del Delito, es también relevante cuando se analiza al delito ambiental, que nos corresponde revisar más adelante, pero cabe anticipar, existen dos componentes fundamentales en los delitos ecológicos: son culposos y de peligro. A continuación se examina el peligro.

2.5. Los delitos de peligro.-

Cuando se habla de esta clase de delitos, ineludiblemente se tantea los delitos ecológicos, que se encuentran debidamente tipificados en nuestro Código Penal. Estos muestran en esencia la estructura de tipos penales, que buscan proteger la naturaleza, pero a su vez, exteriorizan inconsistencias e incoherencias al momento de ser aplicados. Un tema que es trascendental sobre estas normas, es que tienen sanciones mínimas y por lo tanto, son ineficientes. En consecuencia, al ciudadano común, le da exactamente lo mismo cumplirlas o infringirlas.

Se ha dicho que el objetivo principal del Derecho Penal, es el de proteger los bienes jurídicos, a través de un sistema de normas que sancionan conductas de acción u omisión, consideradas contrarias o prohibidas. Es necesario corregir dichas conductas puesto a que el riesgo asumido por los bienes jurídicos supera los límites que establecen las leyes y los reglamentos vigentes. Paz M. de la Cuesta Aguado nos habla en general del riesgo y añade que:

Desde una perspectiva individual, el sujeto vive inmerso en situaciones de riesgo para su salud y su vida generada por las decisiones de los terceros; en el frente mundial el riesgo se globaliza y desaparecen las fronteras y los estados frente al enorme potencial destructor del riesgo.¹¹⁰

El Derecho Penal Ambiental es una ciencia que por esencia genera riesgo, por eso es que se conoce a este tipo de delitos como de peligro. Su tipificación va direccionada, a sancionar conductas que ponen en peligro la vida, la salud, la integridad, el ambiente, el patrimonio y a la sociedad en general. Citando nuevamente a Paz M. de la Cuesta Aguado, enseñando que es necesario circunscribir a los:

¹¹⁰ P. M. de la Cuesta Aguado. “Tipificación del riesgo y delitos de peligro”. En: *Revista de Derecho Penal*. (2007), p. 127.

1. Ecodelitos, donde se incluirían, junto a los tradicionales ya delitos de contaminación (o referidos a la contaminación), los delitos relativos a la flora y la fauna-aunque no en su faceta de “delitos de caza” en sentido de protección del patrimonio cinegético, sino de la perspectiva de la protección de la biodiversidad y de las especies autóctonas frente a la actividad humana de introducción de especies invasoras. También deben incluirse los tipos protectores del medio ambiente frente a la urbanización (delitos urbanísticos protectores del medio ambiente y algunas modalidades de delitos de incendios).
2. Delitos de riesgo catastrófico, una vez superada la tradicional perspectiva patrimonial de los clásicos delitos de estragos propios de la sociedad industrial (hundimiento o varamiento de nave o aeronave, y sabotaje de trenes, etc.). Ahora los delitos de riesgo catastrófico se caracterizarían por la modalidad comisiva derivada de situaciones industriales potencialmente muy peligrosas y propias de lo que demos denominado sociedad de riesgo. Aquí radiaciones ionizantes y los delitos de estragos ocasionados por medios potencialmente destructivos y relacionados con las nuevas tecnologías, como liberación de microorganismos o sustancias patógenas, nanotecnología, etcétera.¹¹¹

Se ha dicho que el riesgo del bien jurídico se lo conoce doctrinariamente como delito de peligro. Éste que puede ser definido de acuerdo con Xavier Andrade Castillo como “una situación desacostumbrada e irregular en la que, para un juicio especializado, de acuerdo con las circunstancias concretas imperantes, aparece como probable la producción de un daño, o está próxima la posibilidad del mismo.”¹¹²

Jorge Eduardo Buompadre y Liliana Amanda Rivas, también definen al peligro diciendo que el peligro consiste en “la articulación técnica de las fórmulas de peligro se caracteriza precisamente, por la no exigencia de destrucción o menoscabo al bien jurídico, sino por la puesta en peligro de ese bien.”¹¹³

Sobre este tema, se han distinguido dos tipos de delitos: los delitos de lesión y los delitos de peligro. Teresa Rodríguez Montañés dice que los primeros “el tipo requiere la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico para su consumación.”¹¹⁴ En los segundos en cambio, basta “con el peligro para el bien

¹¹¹ Supra Nota 112. p.132.

¹¹² X. Andrade Castillo. *Delitos de Peligro y Omisión, apuntes de clase*. Universidad San Francisco de Quito, 08 de Junio de 2010, Verano 2009- 2010.

¹¹³ Supra Nota 87. p. 194.

¹¹⁴ T. Rodríguez Montañés. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2004, p. 29.

jurídico protegido, o con la amenaza del mismo.”¹¹⁵ Citando nuevamente a Jorge Eduardo Buompadre y Liliana Amanda Rivas ellos también nos indican que:

Para la tipificación de las conductas punibles, el legislador puede optar por la técnica de los delitos de lesión o hacerlo a través de la técnica de los delitos de peligro. Los primeros requieren la efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico, mientras que los segundos no, sino que es suficiente para la consumación típica con la creación de una situación de riesgo para la incolumidad del bien jurídico.¹¹⁶

Además, los delitos de peligro tienen dos conceptos principales que merecen ser estudiados a fin de que su entendimiento sea amplio; por un lado tenemos la probabilidad y por otro la posibilidad. Xavier Andrade nos indica que el primero “es un elemento cuantitativo, que se basa en la experiencia y que arroja un resultado medible o que se basa en estadísticas.”¹¹⁷ La segunda en cambio, es una “circunstancia que no es medible, pero sí es representable.”¹¹⁸ Esto quiere decir, que por un lado si el peligro es medible, se encuentra dentro de la esfera de la probabilidad, puesto a que es más certero; pero si estamos frente a una eventualidad, entonces se está hablando de una posibilidad de un acontecimiento.

Es importante recalcar que el peligro y peligrosidad no son sinónimos, jurídicamente hablando, porque el primero se ve asociado con la probabilidad que es algo medible estadísticamente, mientras que la peligrosidad, se asocia a la posibilidad de peligro ante una circunstancia específica.

A propósito existen dos juicios que permiten distinguir el peligro y la peligrosidad; pero que corresponde al juez identificar en cada caso. Citando nuevamente a Xavier Andrade Castillo:

En el peligro se debe realizar un análisis *ex post*, pues una vez que se ha cometido la conducta se emite un juicio de probabilidad, relacionado con los delitos de peligro concreto. Para la peligrosidad se debe realizar un análisis *ex ante*, lo que significa que existen actos anteriores a la conducta que ponen en peligro un bien jurídico, además existe la posibilidad de que haya peligrosidad de los bienes jurídicos.¹¹⁹

¹¹⁵ Ibid.p. 29.

¹¹⁶ Supra Nota 87. p. 194.

¹¹⁷ Supra Nota 114.

¹¹⁸ Supra Nota 114.

¹¹⁹ Supra Nota 114.

Esto quiere decir, que para identificar la probabilidad dentro del peligro concreto, el examen que le corresponderá realizar al juez es *ex post*, o sea una vez que la conducta se haya realizado. En cambio, para la peligrosidad el examen consiste en realizarlo *ex ante*, o visualizar los actos anteriores que llevaron a la posibilidad de que ese bien jurídico se encuentre ante un riesgo eminente.

A propósito del tema, Jorge Eduardo Buompadre y Liliana Amanda Rivas nos dicen que:

Estos delitos representan únicamente una peligrosidad general para el bien jurídico, vale decir, no exigen una real puesta en peligro del bien jurídico, sino que el legislador introduce una presunción de peligrosidad (*iuris et de iure*), basada en una consideración estadística, con la consecuencia de que en el caso concreto puede no estar presente tal peligrosidad, sin que quepa revocar la presunción de peligrosidad.¹²⁰

En los delitos de peligro no se exige que haya una real puesta en peligro del bien jurídico, sino solo basta que haya una presunción que permita determinar que la actividad por parte del sujeto activo, mostró ser peligrosa para el bien jurídico protegido. En el caso de los delitos ambientales por ejemplo, la norma penal prevé que, el solo tener en posesión sustancias tóxicas o peligrosas para la salud, sin el debido permiso; o el arrojarlas en un río fuera de los límites permitidos, ya representa un peligro para la sociedad y por eso es que la norma establece una sanción correlativa.

Situándonos dentro de la clasificación del peligro, se hallan dos subdivisiones pertenecen a esta clase de delitos, estos son: los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto. Teresa Rodríguez Montañés, nos dice que “en los primeros, el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico: el peligro concreto es el resultado típico.”¹²¹ Los segundos por el contrario, “se castiga una acción típicamente peligrosa o peligrosa en abstracto en su peligrosidad típica, sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido.”¹²²

¹²⁰ Supra Nota 87. p. 195.

¹²¹ Supra Nota 116. p. 30.

¹²² Supra Nota 116. p. 30.

Jorge Eduardo Buompadre y Liliana Amanda Rivas, también definen ambos conceptos diciendo que “un delito es de peligro cuando, para su consumación, es suficiente con la puesta en peligro, efectivo (concreto) o potencial (abstracto) del bien jurídico tutelado.”¹²³ Uno y otro son distinguidos por los mismos autores, quienes añaden que:

Los criterios de distinción entre ambos tipos de delitos se fundamentan en que, los delitos de peligro concreto se requieren la producción de un peligro efectivo al bien jurídico protegido por la norma penal. En los delitos de peligro abstracto, el peligro no es un elemento del tipo delictivo sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta. [...] El peligro concreto existe en el mundo jurídico desde el momento en que el bien jurídico protegido entra en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de la lesión.¹²⁴

En el mismo sentido, Paz M. de la Cuesta Aguado menciona que los delitos de peligro concreto son “en los que el peligro sería el resultado típico”¹²⁵ y los delitos de peligro abstracto se configurarían “como delitos de mera actividad”.¹²⁶ Para Xavier Andrade Castillo los delitos de peligro concreto “requiere que el bien jurídico sea colocado en riesgo real”¹²⁷, mientras que para los delitos de peligro abstracto “su consumación sólo se requiere que exista un riesgo virtual sobre el bien jurídico, sin que exista un peligro efectivo.”¹²⁸

En el caso de los delitos de peligro abstracto, siguiendo nuevamente lo que nos dicen los autores Jorge Eduardo Buompadre y Liliana Amanda Rivas, como el peligro no es elemento del tipo penal “la exigencia del peligro no debe quedar sometida a comprobación judicial para la afirmación del hecho punible.”¹²⁹

Cabe mencionar que cuando se produce un delito de esta categoría, le corresponde al juez determinar el grado de peligrosidad al que fue sometido el bien jurídico

¹²³ Supra Nota 87. p. 194.

¹²⁴ Supra Nota 87. p. 195.

¹²⁵ Supra Nota 112. p. 142.

¹²⁶ Supra Nota 112. p. 142.

¹²⁷ Supra Nota 114.

¹²⁸ Supra Nota 114.

¹²⁹ Supra Nota 87. p. 195.

tomando en cuenta que los bienes jurídicos generalmente vulnerados son: la vida, integridad física y el patrimonio. Así pues, el órgano legislativo ha formulado leyes penales ambientales que constan de todos estos elementos que se han mencionado. Sin embargo éstas sufren de una grave deficiencia, por lo que son imposibles de cumplir; principalmente porque los jueces no las aplican debidamente, además como ya se ha dicho, las penas son insuficientes. Con estas normas no se puede resguardar al ambiente tal como lo indica nuestra Constitución.

Resulta imperante que estas normas se reformen, estableciendo sanciones más fuertes para los infractores, con sanciones pecuniarias que realmente afecten el bolsillo del sujeto activo.

2.6. Los delitos de peligro concreto y peligro abstracto.-

Como ya se mencionó, esta subdivisión pertenece a los delitos de peligro, que ha de ser calificado como una situación desacostumbrada, o de alto riesgo para los bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, esta clasificación merece ser estudiada a profundidad, de manera que se pueda entender la doctrina que se maneja en el Código Penal para los delitos en contra del medio ambiente.

Se ha señalado que los delitos de peligro concreto requieren que el bien jurídico sea colocado en un peligro real, Teresa Rodríguez Montañés nos dice que “hablamos de peligro concreto cuando se da la posibilidad fáctica de una lesión de un bien jurídico.”¹³⁰ Continúa sobre el mismo concepto, añadiendo que “el peligro concreto se da desde el momento en el que el bien jurídico protegido entra en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de la lesión.”¹³¹

Por otro lado, los delitos de peligro abstracto son más difíciles de definir, porque son aquellos, en los que se afecta a un bien jurídico que no pertenece a nadie en particular, pero igual que tienen un carácter colectivo; pues la afectación se produce sobre la sociedad en general. Bernardo J. Feijoo Sánchez nos dice que los delitos de

¹³⁰ Supra Nota 116. p. 44.

¹³¹ Supra Nota 116. p. 44.

peligro abstracto en la norma penal, “hacen abstracción de la situación de riesgo concreta para otros ámbitos de organización individuales o supraindividuales y describe como típicas conductas que estadísticamente o de forma general se muestran como peligrosas.”¹³²

Desde la perspectiva que analiza el mismo autor, estos delitos pueden ser entendidos como “delitos de presunción refutable de peligro”¹³³, porque como ya se dijo, en estos casos no hace falta que el bien jurídico se vea lesionado, sino que basta la simple peligrosidad a la que haya sido sometido el mismo. Por lo mismo, el juez emite un juicio *ex ante* que le permite determinar qué conductas llevaron a que se ponga en peligro al bien jurídico protegido.

Jorge Eduardo Buompadre y a Liliana Amanda Rivas, añaden:

En estos delitos el legislador se conforma con la adecuación o idoneidad *ex ante* de la acción para lesionar o poner en peligro el bien jurídico, sin exigir su contacto con la acción del auto, esto es, sin exigir que en el caso concreto se haya lesionado o puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido. Para la consumación de estos delitos, en consecuencia, es suficiente con la mera realización de la acción peligrosa descrita en el tipo, aun cuando no se haya producido un resultado de lesión o de peligro concreto para el bien jurídico protegido.¹³⁴

Mario Eduardo Corigliano explica que en los delitos de peligro abstracto, “lo que se castiga es una acción que es típicamente peligrosa o peligrosa en abstracto, en su peligrosidad típica, sin exigir como en el caso concreto que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido.”¹³⁵ Para Bernardo J. Feijoo Sánchez “no se trata simplemente de tematizar la seguridad como bien jurídico u objeto de tutela sino de tematizar el comportamiento que genera inseguridad como injusto penal o como hecho jurídico-penalmente imputable.”¹³⁶

¹³² B. Feijoo Sánchez. “Seguridad Colectiva y Peligro Abstracto”. En: *Revista de Derecho Penal*. (2007), p. 154.

¹³³ *Ibid.* p. 167.

¹³⁴ *Supra* Nota 87. p. 196.

¹³⁵ M.E. Corigliano. *Delitos de Peligro. Hacia una Definición Político-Criminal y Sistemática. la Frontera de lo Punible en el Derecho Penal*. 27 de julio 2011. Disponible en: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num18/Art.18_PDF/187Delitos%20de%20Peligro.%20Trabajo.pdf, p. 4.

¹³⁶ *Supra* Nota 134. p. 177.

Nuevamente Mario Eduardo Corigliano explica que en unos y en otros “el criterio clave es, pues, la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluarlos.”¹³⁷ Algunos ejemplos que ayudan a definir los delitos de peligro concreto pueden ser el conducir un vehículo de manera imprudente o “temeraria” (alta velocidad), en el que evidentemente se expone la vida o la integridad de las personas. Un ejemplo de los delitos de peligro abstracto puede ser el conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas, en la que no se expone específicamente a nadie, pero la colectividad en general puede sufrir un riesgo.

Un ejemplo en los delitos ambientales del peligro concreto, es el que una empresa textil arroje una mínima cantidad de ácido clorhídrico (químico tóxico), en un río, que es aprovechado por una comunidad aledaña. En este caso, se puede decir que en realidad no se ocasionó ningún daño sobre el bien jurídico protegido vida o sobre la naturaleza, empero, se debe evaluar el peligro como si el derrame hubiera sido de importancia; como si hubieran víctimas mortales y el río quedara completamente deteriorado.

Para los delitos de peligro abstracto, la sola tenencia de sustancias peligrosas, sin el permiso de la autoridad competente, representa un peligro para la colectividad. En consecuencia el examen de peligro va direccionado hacia el peligro potencial que representa el que una persona tenga este tipo de sustancias sin la respectiva autorización, los bienes jurídicos que pueden estar en eminente peligro por parte de la sociedad, etc.

2.7. Los delitos de peligro abstracto-concreto.-

Schröder nos dice que esta tercera categoría de los delitos de peligro, como es evidente, tienen tanto elementos de los delitos de peligro concreto como elementos de los delitos de peligro abstracto. De los primeros porque para él “el peligro es

¹³⁷ Supra Nota 137. p. 4.

elemento del tipo”¹³⁸ y de los segundos porque “tiene indicios determinados por ley”¹³⁹ refiriéndose a la peligrosidad. Para Gallas la naturaleza de estos delitos es “superflua por cuanto a su amplitud y elasticidad del concepto de peligro abstracto”¹⁴⁰, por lo tanto sería permisible incluírseles dentro de la categoría de los delitos abstractos.

Teresa Rodríguez acogiendo a la posición de Gallas nos dice que: “el legislador incorpore elementos de aptitud al tipo no modifica el carácter de delito de peligro abstracto del éste, si estos elementos se refieren a la relevancia lesiva de la conducta valorada *ex ante*.”¹⁴¹ De esto se puede concluir entonces que la posición mayoritaria en cuanto al carácter de este tipo de delitos es de tipo abstracto por cuanto es un juicio que es constatable *ex ante*, y atañe al juez constatar el peligro en cada caso.

2.8. Las leyes penales en blanco en materia ambiental.-

Definir una ley penal en blanco no es simple, puesto a que no existe una definición certera sobre lo que significa, sin embargo, es posible tomar la definición de los autores Jorge Eduardo Buompadre y Liliana Amanda Rivas, para tener una idea para aproximarse en el tema. Para ellos, la ley penal en blanco, es “reenviar la integración de la materia punitiva a otra instancia normativa extrapenal. Con este procedimiento se hace depender la concreción típica de elementos integradores existentes en otra instancia legislativa.”¹⁴²

Estas leyes penales en blanco, son aquellas normas incompletas, que necesitan integración, como nos indica Antonio García-Pablos, “deja totalmente sin expresar el supuesto de hecho y se remite a otras disposiciones que han de cubrir dicho vacío”¹⁴³ es decir, pueden imponer una sanción, pero la figura delictiva se encuentra

¹³⁸ Supra Nota 116. p.34.

¹³⁹ Ibid. p. 34.

¹⁴⁰ Ibid. p. 34.

¹⁴¹ Ibid. p. 34.

¹⁴² Supra Nota 87. p. 197.

¹⁴³ A. García-Pablos. *Derecho Penal. Introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 1995, p. 174.

consagrada en otra norma, que puede ser administrativa, o jerárquicamente inferior como en un reglamento. Así también lo han señalado Jorge Eduardo Buompadre y Liliana Amanda Rivas, “la descripción típica no aparece completa en el precepto, sino que queda abierta, necesitada de complementación de elementos existentes en otra normativa”.¹⁴⁴

El Derecho Penal Ambiental es supletorio porque norma administrativa especial le precede, sin embargo, las normas de esta rama del Derecho son por excelencia leyes penales en blanco. Siempre tendrán remisión a otra norma, como la Ley de Gestión Ambiental en cuanto a la aplicación de multas; y de su reglamento, el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundario, el cual determina los límites de contaminación.

Es importante mencionar el objetivo principal de estas normas, que es el acoplar y sancionar las conductas del hombre, que se van degenerando con el paso del tiempo. Morillas Cuevas nos dice que “la función de las leyes penales en blanco es impedir el anquilosamiento del Derecho Penal, superado por la rapidez y frecuencia de los cambios sociales, sobre todo teniendo en cuenta la incesante mutación de ciertos sectores legislativos.”¹⁴⁵ Así mismo se puede decir que:

[...] Son ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos.¹⁴⁶

En materia ambiental, resulta indispensable aplicar esta técnica, tal como nos indica Juan Terradillos Basocco, porque:

Es un recurso inevitable, precisamente por la complejidad y dinamismo de la materia medioambiental. Este inevitable reenvío a normas de rango inferior no tiene por qué suponer merma el principio de legalidad, ya que en las materias en que es esencial una actuación preventiva de los poderes públicos a través de una muy compleja normativa administrativa, la configuración de los ilícitos penales como tipos en blanco es la más

¹⁴⁴ Supra Nota 87. p. 197.

¹⁴⁵ F. Gudín Rodríguez- Magariños. “Protección Jurídica del Derecho Medioambiental: ¿Dónde situamos la barrera Jurídico- Punitiva?” En: *Revista de Derecho Penal*. (2007), P. 486.

¹⁴⁶ Supra Nota 107.

adecuada para conseguir una mejor definición de lo prohibido, cuyos contornos quedan precisados por aquélla.¹⁴⁷

Conforme a lo que se ha venido diciendo en estas líneas, parecería ser que es imperiosa la incorporación de esta técnica jurídica en las normas penales ambientales, caso contrario como nos dice Ramón Martín Mateo “se corre el riesgo de tener que incorporar al Código Penal centenares de páginas.”¹⁴⁸ Esto es precisamente lo que quiere evitar el legislador, por ser contrario a toda técnica legislativa.

Así también lo han manifestado, Jorge Eduardo Buompadre y Liliana Amanda Rivas, quienes citan al Tribunal Constitucional Español, afirmando que:

1) La remisión a la legislación extrapenal debe ser expresa, evitando las remisiones genéricas; 2) la remisión debe ser justificada a la vista de las necesidades de tutela del bien jurídico protegido medio ambiente, por considerarse que la normativa extrapenal constituye el complemento indispensable del precepto penal; 3) el núcleo de la prohibición penal debe quedar establecido desde el propio tipo penal.¹⁴⁹

En efecto, parecería absurdo tener que incorporar en una misma ley, o en el caso de los delitos ambientales, en un mismo capítulo del Código Penal, toda sanción a todo delito o infracción que se realiza en contra del medio ambiente, es por eso que en nuestro sistema, se han promulgado diferentes normas que prevén sanciones administrativas para temas mineros, de hidrocarburos, del agua, etc. Inclusive una ley especial, que cuenta con su propio reglamento de aplicación, para los procedimientos previos a las denuncias por delitos ambientales.

Se debe tener en cuenta que el Derecho Penal Ambiental es multidisciplinario, pues se relaciona íntimamente con el Derecho Administrativo, con el Derecho Ambiental, con el Derecho Civil, etc. Eso no le quita el carácter secundario o supletorio que tiene, que como nos indican Jorge Eduardo Buompadre y Liliana Amanda Rivas “le corresponde a las normas no penales el papel primario de su protección y accesorio en cuanto a que su función tutelar sólo puede realizarse

¹⁴⁷ J. Terradillos Basoco. “El ilícito ecológico, sanción penal- sanción administrativa”. En: *El delito Ecológico*, p. 91.

¹⁴⁸ R. Martín Mateo. *Manual de derecho ambiental*. Madrid: 1998, p. 82.

¹⁴⁹ Supra Nota 87. p. 198.

apoyando la normativa administrativa que de modo principal y directo regula y ampara la realidad ambiental”.¹⁵⁰

Se debe recordar el rol fundamental que juega esta rama del derecho en nuestro sistema, ya que es el mecanismo idóneo que impone las sanciones o que cuenta con los medios coercitivos apropiados para corregir conductas indeseadas e ilegítimas por el legislador. En este sentido Faustino Gudin nos expresa que:

El primer camino deber ser la labor formativa y educacional, el siguiente eslabón es la actividad inspectora y correctora de la Administración, y sólo cuando la voluntad humana se muestra desafiante frente a las dos actuaciones anteriores, cabe recurrir a la vía penal. Haya que perfeccionar y mejorar la labor de cada una de las fases, lo que no implica de por sí reforzar la actividad penal, sino más bien, por el contrario, que con la adecuada labor en los dos primeros estadios, la actividad punitiva estatal será progresivamente más subsidiaria.¹⁵¹

El Derecho Penal debe ser una herramienta fundamental, de la que pueda valerse el juez cuando se deban aplicar las leyes penales en blanco en materia ambiental. Y a pesar de que es un derecho secundario, es el que cuenta con los mecanismos más efectivos, que logran enmendar las conductas indeseadas en aquellos sujetos que se encuentran constantemente dañando nuestros ecosistemas.

Se deben fortalecer las normas penales ambientales para que tengan armonía con el mandato constitucional, pues es trascendental el proteger y tutelar el ambiente. Se requiere que las personas creen una consciencia social proactiva que permita el cuidado y la preservación de la naturaleza. Es hora de que las personas concienticen sobre el impacto que de sus acciones, en especial cuando contaminan; el medio ambiente es frágil, no puede defenderse de las agresiones cotidianas del hombre. Si no se toman las medidas apropiadas, pronto los animales y las plantas se habrán extinto y el hombre no tendrá donde vivir.

¹⁵⁰ Supra Nota 87. p. 200.

¹⁵¹ Supra Nota 147. P. 486.

CAPÍTULO 3.- Eficacia de los tipos penales contenidos en el Capítulo X-A del Código Penal.

3.1. Análisis de los artículos 437 A al 437 K del Código Penal para ver su eficacia y aplicabilidad en la práctica.-

Se ha venido tratando el peligro en los delitos en el capítulo anterior, que se relaciona de manera directa con los delitos ecológicos. Un tipo penal ambiental puede ser definido como el “mecanismo por medio del cual se procura la protección jurídico-penal del ambiente.”¹⁵² En este sentido lo que procura proteger el legislador es no solo la naturaleza, sino también la salud, la vida y el patrimonio de las personas. Al respecto, nuestro Código Penal ha destinado un capítulo completo donde se tipifican las conductas ilícitas que perjudican estos bienes jurídicos mencionados.

Antes de proceder con el estudio de estos artículos, es importante señalar que el fin de estos artículos se ve frustrado debido a que el legislador el momento de promulgarlos no pudo visualizar las falencias que tienen estos artículos. En consecuencia, la mala redacción y sintaxis no son los únicos problemas que presentan, sino también, muestran inconsistencias jurídicas que se revisarán más adelante en este capítulo.

3.2. Tipo de peligro en los artículos 437 A al 437 K, inconsistencias, remisión a leyes y debilidad en las sanciones.-

Estas infracciones que se muestran en el Capítulo X-A y se encuentran dentro de los delitos que atentan la seguridad pública, en este sentido Hugo Echeverría nos expresa que:

[...] En efecto, los delitos ambientales son infracciones que atentan contra la seguridad pública. Esto obedece, en principio, a la naturaleza del bien jurídico protegido que, en

¹⁵² *Derecho Penal Ambiental*. 07 de Julio de 2011. Disponible en: <http://www.slideshare.net/alrojasp/derecho-penal-ambiental-venezuela>.

materia ambiental, es colectiva; pero también al sujeto pasivo de la infracción que, también en principio, es indeterminado. Estos caracteres del delito ambiental se evidencian, por ejemplo, en el delito de contaminación del aire que puede, eventualmente, afectar a toda una ciudad y sus habitantes.¹⁵³

Estas acciones son reprochables, debido a que perturban el equilibrio ecológico, dañan el medio ambiente y afectan a la sociedad, por eso se consideran conductas prohibidas; cuando en realidad uno de los deberes más importantes que tiene el Estado, es el garantizar la tutela y la protección de la naturaleza. El Código Penal en el Art 437 A, muestra cuales son los desechos y sustancias que contaminan el medio ambiente o afectan a la salud humana:

Art. 437-A.- Quien, fuera de los casos permitidos por la ley, produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga en posesión, o use desechos tóxicos peligrosos¹⁵⁴, sustancias radioactivas¹⁵⁵, u otras similares que por sus características constituyan peligro para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años. Igual pena se aplicará a quien produzca, tenga en posesión, comercialicen introduzca armas químicas o biológicas.

Para Hugo Echeverría este artículo “destaca el delito de contaminación ambiental. Este delito está caracterizado por la producción, depósito, comercialización, o uso no autorizado de desechos peligrosos o sustancias radioactivas” que pueden afectar

¹⁵³ H. Echeverría V. *Infracciones Ambientales Derecho Penal y Protección Ambiental*. REDE LATINO-AMERICANA DE MINISTERIO PÚBLICO AMBIENTAL. 09 de Agosto de 2011. Disponible en: <http://www.mpambiental.org/?acao=doutrinas-pop&cod=103>.

¹⁵⁴ Supra Nota 93. Art. 437 A. Se define desecho tóxico peligroso en el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria en el Título VI, Anexo II como: todo residuo sólido, lodoso, líquido o gaseoso envasado que debido a su cantidad, concentración o características físicas, químicas o infecciosas podrían: Causar o contribuir de modo significativo al aumento de la mortalidad, al aumento de enfermedades graves de carácter irreversible o a las incapacitaciones reversibles. Que presente un riesgo potencial para la salud humana o para el entorno al ser tratados, almacenados, transportados o eliminados de forma inadecuada, sea de forma individual o al contacto con otros residuos. Por otro lado la misma norma describe qué es un desecho peligroso: es todo desecho, en cualquier estado físico que por sus características corrosivas, tóxicas, venenosas, reactivas, explosivas, inflamables, biológicas, infecciosas o irritantes, representan un peligro para la salud humana, el equilibrio ecológico o al ambiente.

¹⁵⁵ El Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria en el Título VI, Anexo II define sustancias radiactivas si muestra una de las siguientes características: Ser normalmente inestable y reaccionar de forma violenta e inmediata sin detonar. Reaccionar violentamente con agua. Generar gases, vapores o humos tóxicos, en cantidades suficientes para provocar daños a la salud o al ambiente cuando es mezclado con agua. Poseer entre sus componentes, cianuros o sulfuros que, por reacción libere gases, vapores o humos tóxicos en cantidades suficientes para poner en riesgo a la salud humana o al ambiente. Ser capaz de producir una reacción explosiva o detonante bajo la acción de un fuerte estímulo inicial o de calor en ambientes confinados.

al bien jurídico protegido salud humana y el medio ambiente como sujeto de derechos a la luz de la nueva Constitución.

Este artículo desde el inicio resulta absurdo, porque parte del hecho que existe una ley, que permite que se realicen determinadas acciones, “quien, fuera de los casos permitidos por la ley, produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga en posesión, o use desechos tóxicos peligrosos”¹⁵⁶. No existe en el Ecuador, ninguna norma que admita que se contamine con sustancias tóxicas o peligrosas; es más, la Constitución establece una prohibición expresa en el artículo 14 sobre estas conductas. Lo que sí existe y se encuentra vigente, es un reglamento ambiental (Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundario), sobre los límites permitidos de contaminación, eso es muy diferente a tener una ley que permita contaminar.

En la órbita penal, este artículo muestra ser un delito de peligro abstracto, porque aún no se ha ocasionado ningún resultado, pero el daño si podría llegar a darse. En adición a esto, el tipo penal es muy abierto ya que tiene muchas acciones nucleares (produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga en posesión), bastaría con que diga “el que tenga en posesión sustancias...” porque una norma con tantos verbos no refleja su propósito, sino que confunde al lector.

Cabe añadir, que la pena que se establece para este tipo de delitos es muy baja (dos a cuatro años), porque no refleja una autentica rectificación del daño que se ocasiona en la naturaleza, en la salud de las personas y en la calidad de vida de éstas. Esto puede repercutir incluso en las generaciones posteriores.

Art. 437-B.- El que infringere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiese causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Supra Nota 93. Art. 437 A.

¹⁵⁷ Supra Nota 93. Art. 437 B.

Hugo Echeverría nos dice que estas conductas denotan:

[...] Una visión constitucional actual, donde algunas conductas tipificadas deberán tutelarse desde una visión de protección de los derechos de la naturaleza los delitos de atentado contra la vida silvestre y de daños a ecosistemas protegidos.¹⁵⁸

En este artículo, por ser una norma penal en blanco, se remite a los límites permitidos de contaminación que se establecen en el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria, a través de un cuadro en el que se estipula esta información, atendiendo al interés general y al tipo de contaminación con la que se esté realizando una actividad contaminante.

En lo principal, en esta norma legal se fusiona el peligro y la lesión cuando menciona “si tal acción causare o pudiere causar perjuicio”, porque los delitos de peligro no buscan sancionar un resultado, sino la simple puesta en riesgo de un bien jurídico; en cambio en los de lesión, ya existe un resultado que deberá ser sancionado. En este artículo la pena, de uno a tres años, también es mínima porque hay una trasgresión expresa a los límites de contaminación que se determinan en los reglamentos ambientales. Una sanción de prisión de uno a 3 años, no soluciona el daño ambiental, la norma debería establecer un mecanismo adicional, que obligue a los infractores a restaurar íntegramente el entorno natural a su estado primitivo, antes del cometimiento del delito.

Art. 437-C.- La pena será de tres a cinco años de prisión, cuando:

- a) Los actos previstos en el artículo anterior ocasionen daños a la salud de las personas o a sus bienes;
- b) El perjuicio o alteración ocasionados tengan carácter irreversible¹⁵⁹;
- c) El acto sea parte de actividades desarrolladas clandestinamente por su autor; o,
- d) Los actos contaminantes afecten gravemente recursos naturales necesarios para la actividad económica.

Este es un delito de lesión porque el resultado es “ocasionar daños a la salud”; y se fusiona con un delito de peligro abstracto, porque no se ha producido todavía un

¹⁵⁸ Supra Nota 51. p. 103.

¹⁵⁹ Supra Nota 93. Art. 437 C. Se define carácter irreversible en el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria dentro de la definición de Desechos Tóxico como: Causar o contribuir de modo significativo al aumento de la mortalidad, al aumento de enfermedades graves de carácter irreversible o a las incapacitaciones reversibles.

daño, sin embargo existe la posibilidad de que se ocasione una “alteración con carácter irreversible”.

Art. 437-D.- Si a consecuencia de la actividad contaminante se produce la muerte de una persona, se aplicará la pena prevista para el homicidio inintencional, si el hecho no constituye un delito más grave.

En caso de que a consecuencia de la actividad contaminante se produzcan lesiones, impondrá las penas previstas en los artículos 463 a 467 del Código Penal.¹⁶⁰

Este es otro delito de peligro abstracto, en el que se advierte la posibilidad del resultado muerte, como consecuencia de la actividad contaminante. Cuya sanción sería de tres meses a dos años aplicando la norma del homicidio inintencional. En este contexto se desnaturaliza totalmente a los delitos de peligro haciéndolos culposos; sin mencionar el mensaje implícito para los infractores, que es el de “si como resultado de esa actividad contaminante se produce la muerte de algunas personas, no importa”, porque de todas maneras el tipo penal prevé una sanción inferior (3 meses a 2 años), a la que se establece en el Art. 437 A (2 a 4 años).

Este resulta ser el tipo penal más incoherente de todos los que se enuncia en el capítulo X-A, porque no puede ser posible que si se atenta el contra del bien jurídico protegido vida, haya una pena inferior versus el daño que se produce en la naturaleza. El legislador al promulgar esta norma, omitió examinar las sanciones, en consecuencia, resulta absurdo pensar que la muerte de una persona sea sancionada como un homicidio inintencional. Además la norma establece “si el hecho no constituye un delito más grave”, ¿qué puede ser más grave que acabar con la vida de una persona? La vida se protege y se respeta desde el mandato constitucional, así como en los diferentes tratados y convenciones de derechos humanos.

Art. 437-E.- Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley; así como el funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado.¹⁶¹

¹⁶⁰ Supra Nota 93. Art. 437 D.

¹⁶¹ Supra Nota 93. Art. 437 E.

Esta es otra norma que debe ser reformada, si los delitos previos aumentan su sanción por la conducta que abarcan, entonces con mayor razón debe incrementar la sanción en estos casos. Porque los funcionarios son los que tienen responsabilidad de ejercer sus funciones correctamente, es decir, son ellos lo que deben vigilar que los procesos ambientales sean llevados adecuadamente y que cumplan con todos los requisitos previstos por la ley y los reglamentos.

La norma además podría incluir, que en caso de que los funcionarios incumplan con los deberes y responsabilidades, serán sancionados penalmente, sin perjuicio del derecho de repetición que tiene el Estado a su favor. Incluso se podría añadir una cláusula donde se indique que por su falta, el funcionario no podrá trabajar en el sector público por algunos años.

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:

- 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.¹⁶²

Hugo Echeverría explica que estos delitos son “de atentado contra la vida silvestre y de daños a ecosistemas protegidos. Estos delitos están caracterizados por la realización de actividades no autorizadas de caza, captura, recolección, extracción o comercialización de especies de flora y fauna silvestre.”¹⁶³ Por otro lado, la pena se agrava cuando el delito se cometa en periodo de reproducción de especies o producción de semillas, contra de especies en peligro de extinción o mediante el uso de explosivos, sustancias toxicas, inflamables o radioactivas.

Cabe mencionar que el delito de atentado estipulado en este artículo, abarca a todas las especies silvestres que están protegidas por ley. Pese a la existencia de normativa ambiental en nuestro país (Ley Forestal y de Conservación de Áreas

¹⁶² Supra Nota 93. Art. 437 F.

¹⁶³ Supra Nota 51. p. 133.

Naturales y Vida Silvestre), existe una verdadera comercialización de fauna silvestre, sin control estatal verídico. Esto se evidencia a través de los casos resueltos por los jueces, que desde hace más de una década existe solo uno ventilado en sede judicial penal.

Adicionalmente no existe proporcionalidad entre los hechos que se estipulan en este artículo y la pena que se aplica, aquí es considerable pensar en una gradualidad de la pena, donde dependa del tipo de conducta para determinar la sanción. Es importante mencionar esto, porque no resulta lógico que por extraer especies en etapa de producción de semillas o de crecimiento de las especies, tenga la misma pena que la extracción de una especie que se encuentra en peligro de extinción, más aún cuando el hecho se realice haciendo uso de explosivos o sustancias tóxicas.

Nuevamente, si en el delito de peligro se sanciona el peligro en el que se pone al bien jurídico protegido, el usar un explosivo para extraer una especie fuera de su hábitat, representa no solo un peligro para la vida de ese animal, sino también para su entorno natural y coincidentemente para toda la sociedad. Por eso es necesario incrementar gradualmente la pena en esta norma, con una sanción que sea proporcional a la conducta que se ejecuta.

Art. 437-G.- El que extraiga especies de flora o fauna acuáticas, protegidas, en épocas, cantidades o zonas vedadas, o utilice procedimientos de pesca o caza prohibidos, será reprimido con prisión de uno a tres años.¹⁶⁴

Este tipo penal se relaciona con el anterior artículo, en el que se sanciona la extracción de especies de flora y fauna acuáticas que estén protegidas con prisión de 1 a 3 años. Al respecto, Hugo Echeverría nos dice que es “la utilización de métodos no autorizados de extracción de dichas especies.”¹⁶⁵ Este tipo de actividades afectan a la biodiversidad y al patrimonio natural.

¹⁶⁴ Supra Nota 93. Art. 437 G.

¹⁶⁵ Supra Nota 51. p. 133.

Para ambos artículos la pena debe ser aumentada, porque el tráfico, la caza, la captura de algunas especies ha ocasionado que muchas de ellas se encuentren en extinción y probablemente muchas de ellas sean imposibles de recuperar. En lugares como las islas Galápagos, el endurecimiento de las leyes ambientales y penales es una necesidad, porque se debe velar por la seguridad de las especies para que no sigan siendo víctimas de la caza y captura.

Art. 437-H.- El que destruya, quemé, dañe o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que estén legalmente protegidas, será reprimido con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave.

La pena será de prisión de dos o cuatro años cuando:

- a) Del delito resulte la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático; o,
- b) El delito se cometa en lugares donde existan vertientes que abastezcan de agua a un centro poblado o sistema de irrigación.¹⁶⁶

Este constituye otro delito de peligro, porque se refiere a la posibilidad de quemar, dañar, talar bosques, formaciones vegetales que estén protegidas por las diferentes leyes, se sanciona de 1 a 3 años. Lo que quiere decir es que, aún no existe un resultado, pero puede llegar haber una afectación seria de los bosques o áreas protegidas. Al respecto Hugo Echeverría dice, que se trata de “la destrucción, quema, daños, tala, o uso ilegal de ecosistemas protegidos.”¹⁶⁷

La tala indiscriminada de árboles y la quema de bosques son muy comunes en nuestra realidad, sin embargo los que ejecutan estas conductas no se dan cuenta del peligro en el que ponen a la sociedad. No solo que perdemos plantas, especies y árboles, sino que se pierde el oxígeno que necesita el hombre para vivir. Es necesario coaccionar a las personas que realizan estos actos con el mayor rigor de la ley, no es posible que sigan destruyendo una parte fundamental para la vida.

La Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre conjuntamente con la Ley de Gestión Ambiental y el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundario, son las normas principales que se encargan de

¹⁶⁶ Supra Nota 93. Art. 437 H.

¹⁶⁷ Supra Nota 51. p. 133.

regular la tala de árboles de manera que no se produzca erosión en el suelo y para que el uso de la madera sea el apropiado.

Art. 437-I.- Será sancionado con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituye un hecho más grave, el que sin autorización o sin sujetarse a los procedimientos previstos en las normas aplicables, destine las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo, a convertirse en áreas de expansión urbana, o de extracción o elaboración de materiales de construcción.¹⁶⁸

En este caso, se sanciona a las personas naturales y en especial a las jurídicas que destinen tierras que estén protegidas ecológicamente por el Estado, esto con el propósito de convertirlas en áreas de expansión urbana, de extracción y elaboración de materiales de construcción. La expansión urbana le corresponde a los diferentes municipios y gobiernos parroquiales, que no se propaguen y dañen sitios ecológicos con abundante naturaleza. Por otro lado, en los temas de extracción o elaboración de materiales de construcción, la Ley de Minería y su reglamento vigentes, establecen las multas que se hacen aplicables el momento que las compañías infringen esta norma.

Sin embargo como ya se dijo, el Derecho Penal Ambiental es un mecanismo con sanciones rigurosas, que si puede provocar mayor impacto en las personas. Por eso es que la norma no puede establecer una sanción de uno a tres años, porque se debe tomar en cuenta el daño que se produce en la tierra que se invade. Nuevamente aquí debe observarse la proporcionalidad del daño ambiental que se realiza, frente a la sanción que impone la norma penal.

Art. 437-J.- Se aplicará la misma pena prevista en el artículo anteriores, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se destine indebidamente las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a un uso distinto de que legalmente les corresponde; así como al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Supra Nota 93. Art. 437 I.

¹⁶⁹ Supra Nota 93. Art. 437 J.

Nuevamente este artículo habla sobre la sanción que recae sobre aquellos funcionarios o empleados públicos que permitan el destino de tierras que son de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo contraviniendo normas como: la Ley de Gestión Ambiental, su reglamento, la Ley de Minería y su reglamento.

Art. 437-K.- El juez penal podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad competente en materia ambiental.¹⁷⁰

Finalmente este artículo le permite al juez el declarar y ordenar una medida cautelar de manera que se suspenda de manera inmediata la actividad que esté contaminando por fuera de los límites establecidos, que contenga desechos nocivos para la salud de las personas, que constituya un grave riesgo para los ecosistemas o que pueda producir una destrucción permanente de la naturaleza.

Este artículo no presenta problemas y no requiere ser reformado porque solo menciona que el juez dentro de las potestades que se le han encomendado puede solicitar en cualquier momento dentro del juicio, la clausura definitiva o temporal de la actividad que esté contaminando. Este es de todos los artículos, el que más responde al interés que menciona la Carta Fundamental de preservar y proteger la naturaleza. Es el artículo que mayor congruencia tiene con los principios de tutela, mitigación y preservación del ambiente.

3.3. Jurisprudencias nacionales en aplicación a las normas analizadas.-

Después de haber analizado los artículos motivo de esta tesis, el tipo de peligro que representan, las falencias e inconsistencias que tienen, cabe realizar un análisis de cómo se han aplicado algunos de estos artículos en algunas jurisprudencias por parte de la Corte Constitucional (órgano máximo de interpretación de la Constitución de la República), así como de las cortes nacionales.

¹⁷⁰ Supra Nota 93. Art. 437 K.

3.3.1. Suspensión de las actividades mineras. José Parrales Cedeño v. Municipio del Cantón Naranjito.-

A manera de ampliar el análisis de los tipos penales que están siendo revisados, las diferentes jurisprudencias que se han dado nivel nacional, ayudan a entender la complejidad y la poca eficacia que tienen estos artículos en la práctica, como por ejemplo: se muestra un amparo constitucional en el que se aplica el art. 437 I, el que se refiere al “destino de tierras de protección ecológica para uso agrícola, expansión urbana, extracción o elaboración de materiales de construcción.”¹⁷¹ En particular, en este caso se aplica el destino ilícito de tierras protegidas para extracción de minerales, donde el Ing. Máximo Betancourt Valarezo es el demandado y se defiende a través de su procurador judicial, el Doctor José Parrales Cedeño. La demanda es interpuesta por el Comisario Municipal del Cantón Naranjito, quien ordenó la clausura de la Concesión para las actividades mineras.

El accionante en su demanda, sostiene su fundamento legal con algunos artículos de la Constitución de la República, como: la afectación a sus derechos económicos por la inversión que realizó, y primordialmente el incumplimiento del contrato con la minera. Por su parte la Municipalidad de Naranjito, se excepciona a través del Procurador General del Estado subrogante, aduciendo normas de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley de Gestión Ambiental, Ley de Minería y el Art. 437 I del Código Penal.

Entre los requisitos que constan en el art. 6 de la Ley de Gestión Ambiental, se muestra un estudio técnico de factibilidad económico y de evolución de impacto ambiental, requerimiento que nunca fue entregado en la Municipalidad; el demandante se remite a lo largo de la sentencia al informe que aprueba las actividades mineras por parte del Director de Obras Públicas Municipales, sin embargo esa no era la exigencia que debía completar, por lo tanto se dio la clausura del proyecto minero.

¹⁷¹ Supra Nota 93. Art. 437 I.

La Corte Constitucional en este caso resuelve de la siguiente manera:

Para conocer y juzgar las contravenciones son competentes los jueces de contravenciones que establezca la Ley Orgánica de la Función Judicial, dentro de la respectiva jurisdicción territorial. Es importante tener presente lo que menciona La Ley de Gestión Ambiental al respecto Art. 6. "El aprovechamiento racional de los recursos naturales no renovables en función de los intereses nacionales dentro del patrimonio de áreas naturales protegidas del Estado y en ecosistemas frágiles, tendrán lugar por excepción previo un estudio de factibilidad económico y de evaluación de impactos ambientales" Estudio que no presenta el accionante; y, Art. 12 literal a) de la Ley de Gestión Ambiental DE LA PARTICIPACION DE LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO "Son obligaciones de las instituciones del Estado del Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental en el ejercicio de sus atribuciones y en el ámbito de su competencia, las siguientes: a) Aplicar los principios establecidos en esta Ley y ejecutar las acciones específicas del medio ambiente y de los recursos naturales". El Art. 437 i Delitos contra el Medio Ambiente del Código Penal manifiesta: "Será sancionado con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituye un hecho más grave, el que sin autorización o sin sujetarse a los procedimientos previstos en las normas aplicables, destine las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo, a convertirse en áreas de expansión urbana, o de extracción o elaboración de materiales de construcción". El Art. 119 de la Constitución Política de 1998 y 226 de la vigente Constitución preceptúa que: "Las instituciones del Estado, sus organismos, las servidoras y servidores público, personas que actúen en virtud de una potestad estatal, y dependencias no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la Ley" (negrillas nuestras) Esta disposición legal es el reflejo del principio de limitación positiva de las competencias, que debe ser cumplida por los funcionarios públicos, en beneficio de los administrados. En la norma transcrita, no solo se limita el legislador a señalar que el funcionario público está obligado a cumplir lo que le manda la Constitución y la Ley, sino que llega más lejos en su alcance y dispone que los organismos del Estado tienen el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.¹⁷²

Esto es lo que resuelve la Corte en cuanto al acto que dio clausura a la concesión minera. El art. 437 I solo se enuncia en el caso y se determina, que de conformidad al art 12 de la Ley de Gestión Ambiental, es potestad de las autoridades del Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental seguir las acciones pertinentes y aplicar los principios de derecho ambiental de acuerdo con el bien común.

El demandado no podría sostener su defensa, cuando evidentemente olvidó entregar a la Municipalidad el requerimiento donde constaba el Estudio técnico de factibilidad económica y de evolución de impacto ambiental. Estos son requisitos que no pueden ser omitidos, puesto que se encuentran establecidos en las normas y

¹⁷² Segunda Sala de la Corte Constitucional. Resolución No. 839, del Suplemento del Registro Oficial 127 del 15 de junio del 2009.

reglamentos ambientales. Por lo tanto, la empresa minera no podía dar inicio a sus operaciones sin los respectivos permisos otorgados por la Gobierno de Naranjito y las autoridades ambientales. El informe con el que se defendía el demandado, era uno de tantos requisitos que estaban inconclusos.

Por otro lado, al amparo de la Constitución Política de 1998 es como la Corte Constitucional solventa y revoca la sentencia del Juez de instancia de esta acción. Principalmente son principios de derecho ambiental y los derechos humanos los que se tratan en esta parte de la sentencia y que por supuesto, ayudan a la Corte a argumentar sobre su posición:

OCTAVA.- b) QUE EL ACTO VIOLE O PUEDA VIOLAR CUALQUIER DERECHO CONSAGRADO EN LA CONSTITUCION, CONVENIO O TRATADO INTERNACIONAL VIGENTE: AMPARO. Para la Sala es importante hacer notar en qué consiste el amparo, básicamente en una garantía de derecho interno, Es una institución que garantiza el respeto de los derechos y garantías constitucionales constante En la Carta Magna de 1998, también lo reconoce el derecho internacional como lo es la Declaración Universal de Derechos Humanos: "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución y la Ley" (negrillas nuestras). Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice: "Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos, contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente" (negrillas nuestras). La Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, menciona al amparo que dice así: "amparo contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente" (negrillas nuestras). En conclusión el amparo cumple una misión de protección para asegurar el ejercicio de los Derechos, Declaraciones, Pactos y Convenios. En la presente acción no se comprueba por parte del accionante que existen derechos que se hallan en evidentemente restricción. El Estado Ecuatoriano reconoce el Derecho a vivir en un ambiente sano y a la vez ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad, y el buen vivir. "Se declara de interés público la preservación del medio ambiente, la prevención del daño ambiental", de igual manera el derecho a vivir en un ambiente sano. Ecuador al ser un Estado Constitucional lo que busca es una verdadera legitimidad e igualdad de los derechos, por ende, no cabe que el poder constituido a personas que actúan en virtud de una potestad estatal tenga fuerza legitimadora. La Constitución busca abrir cauces, y establece procedimientos, prevé mecanismos para garantizar su cumplimiento.¹⁷³

En esta sentencia lo que resulta confuso tratar de establecer es primero bajo qué Constitución se está rigiendo, porque en la primera parte empieza hablar del amparo como un derecho constitucional reconocido en la Constitución Política de 1998 y de

¹⁷³ Supra Nota 174.

los Tratados y Convenciones de los Derechos del Hombre. Empero, en la segunda parte de la sentencia se analiza el “buen vivir”¹⁷⁴, término que aparece a partir de la Constitución de la República en el 2008, así como el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

En base al análisis que realizó la Corte Constitucional en este caso, no son buenos los argumentos en los que se basa la corte para revocar la sentencia del juez de instancia. En cuanto al tema de que si el acto emitido por parte de la Municipalidad era legítimo, efectivamente, sí tiene validez, pero los sostenidos por los demandantes son pobres, por lo que se genera una confusión de principios ambientales de la Constitución vigente y de la de 1998.

El lector en este caso debe inferir, que debido al acto que se emitió por parte de la Municipalidad era legítimo, entonces la omisión de entrega de ese estudio por parte del demandado, admite la posibilidad de que se suspendan las actividades económicas afectando sus derechos. El razonamiento de la corte no es para nada ambiental, pese a que así es como debió procederse en esta causa (siguiendo los lineamientos y principios del derecho ambiental). Esta sentencia denota presión política por parte de la Municipalidad de Naranjito, para que se resuelva a su favor.

3.3.2. Protección de animales silvestres. Fiscalía del Distrito de Cotopaxi v. Carlos Estuardo Vásconez.-

La segunda sentencia a analizarse, es un recurso de casación interpuesto por el Agente Fiscal del Distrito de Cotopaxi, en contra de una sentencia absolutoria a favor del señor Carlos Estuardo Vásconez, para que sea resuelta ante la Tercera Sala de lo Penal en la Corte Suprema. En este caso, el acusado tenía en posesión

¹⁷⁴ Sumak kawsay es quichua ecuatoriano y expresa la idea de una vida no mejor, ni mejor que la de otros, ni en continuo desvivir por mejorarla, sino simplemente buena. Buen vivir, finalmente, y en las diversas lenguas de los países centrales, suele implicar el disfrute individual, material, hedonista e incesante. J.M. Tortosa. *SUMAK KAWSAY, SUMA QAMAÑA, BUEN VIVIR*. Alicante: Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz, Universidad de Alicante, 08 de agosto del 2011. Disponible en: <http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/nombresproprios/Documents/NPTortosa0908.pdf>, p. 1.

animales silvestres, situación que se encuentra prohibida de conformidad a la Ley Forestal en su artículo 78. En consecuencia, las especies fueron incautadas por parte de las autoridades del Ministerio del Ambiente, quienes además le impusieron una multa de conformidad a la ley.

En la acusación, la Fiscalía argumenta que se han vulnerado algunos artículos de la Constitución, y que hubo una mala interpretación del artículo 24 por el cual se enuncia el principio penal *non bis in idem*. En este sentido, el Ministro Fiscal distingue la sanción administrativa de la sanción penal. También se menciona la errónea interpretación del art. 437 F literal b), que trata sobre la protección a los animales en extinción y el CITES¹⁷⁵, un Instrumento Internacional en materia ambiental.

De esta manera el Tribunal entra a conocer del recurso, reconoce su potestad jurisdiccional y competencia, de esta manera se procede al análisis del fallo:

QUINTO: ANALISIS DEL FALLO: Para que se pueda dictar sentencia condenatoria es necesario que se demuestre conforme a derecho, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, al efecto se establece: 5.1.- Consta del proceso que los agentes del medio ambiente que intervinieron en la incautación de las especies silvestres así como de la versión del imputado (fs. 92) el señor Carlos Estuardo Vásconez Amores es propietario de la Hostería Carlos Patricio y que fue juzgado por el Ministerio del Medio Ambiente de la Región Zonal de Ambato y le impuso una multa por tener en su poder animales silvestres conforme lo prevé el Art. 78 de la Ley Forestal; 5.2.- A fs. 147 del expediente obra el trámite legal y la resolución expedida por el señor Rodrigo Aguilar, Jefe del Distrito Forestal Regional No. 6 del Ministerio del Ambiente de fecha 23 de noviembre del 2006, a las 11h26 en la cual se le impone al imputado Carlos Eduardo Vásconez Amores la multa de diez salarios mínimos vitales generales por la conservación de animales silvestres, sanción que ha sido cumplida según consta de los comprobantes que obran del proceso; 5.3.- En la presente causa no aparece que el Fiscal acusador haya presentado los justificativos necesarios para que se configure el delito que acusa, esto es, lo prescrito por el Art. 437F del Código Penal, pues no hay constancia procesal que el imputado hubiere cazado, capturado, recolectado, extraído o comercializado especies de la flora y fauna que estén legalmente protegidos y en peligro de extinción, tampoco ha justificado que las especies silvestres incautadas por el Ministerio del Ambiente se hallen legalmente protegidas por la ley, más por el contrario lo que si consta en el proceso demostrado es que las especies incautadas fueron en su

¹⁷⁵ La CITES (Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres) es un acuerdo internacional concertado entre los gobiernos. Tiene por finalidad velar por que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituye una amenaza para su supervivencia. Fue suscrito por el Ecuador el 5 de Marzo de 1973. 09 de Agosto de 2011. Disponible en: <http://www.cites.org/esp/disc/what.shtml>.

mayor parte donadas y estaban destinadas a propender el turismo de la hostería de propiedad del procesado y lo que es más eran bien tratadas y se las tenía bajo constante chequeo médico.¹⁷⁶

El Fiscal en el caso no presenta las justificaciones suficientes como para que la conducta del imputado se configure con la que se establece en el artículo 437 F, porque el señor Carlos Vásquez no habría capturado, cazado, capturado, extraído o comercializado especies que estén protegidas y en peligro de extinción. Por el contrario, él habría demostrado en juicio que estas especies le fueron donadas para propender el turismo de la hostería de la que es propietario, además se probó que los animales recibían el cuidado apropiado.

Finalmente la Corte entra a analizar los supuestos de la norma en cuestión y resuelve la problemática del art. 24 de la Constitución de la siguiente manera:

SEXTO: CONSIDERACIONES JURIDICAS Y DOCTRINARIAS: 6.1.- El Art. 437F del Código Penal que sostiene el recurrente se ha infringido en el inciso primero, prescribe: "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."; 6.2.- Por su lado, el Art. 73 de la Ley Forestal y Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre preceptúa: "La flora y fauna silvestre son de dominio del Estado y corresponde al Ministerio del ambiente su conservación, protección y administración, para lo cual ejercerá las siguientes funciones: a) Controlar la cacería, recolección, aprehensión, transporte y tráfico de animales y otros elementos de la fauna y flora silvestres; ..." y el Art. 94 de la misma ley señala: "La imposición de las sanciones administrativas establecidas en esta ley, serán de competencia de los Jefes del Distrito Regional y jefes de Área Natural dentro de su respectiva ámbito, de conformidad con el trámite previsto en esta ley."; 6.3.- El Art. 2 del Código de Procedimiento Penal en su parte pertinente señala: "Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal ni sufrir una pena que no esté en ella establecida". En el caso que nos ocupa la tenencia de animales silvestres no se encuentra tipificada y al no constar en el texto legal no se puede hacer extensiva esta norma, toda vez que el Art. 15 del referido cuerpo legal en relación con el Art. 5 del Código Penal prohíben la interpretación extensiva de la norma y por consiguiente el Juez debe atenerse a la letra de la ley y en caso de duda se la debe interpretar a favor del reo.¹⁷⁷

Si tomamos de forma literal lo que establece el artículo 437 F en su literal b), notamos que se determinan las siguientes acciones nucleares: "cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente

¹⁷⁶ Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Expediente 137, del Registro Oficial 420 del 8 de septiembre del 2008. No. 137-2007.

¹⁷⁷ Supra Nota 178.

protegidas”¹⁷⁸, en ningún momento dice “tener en posesión”, de la misma manera lo reafirma la Ley Forestal en su artículo 73 “[...] a) Controlar la cacería, recolección, aprehensión, transporte y tráfico de animales y otros elementos de la fauna y flora silvestre.”¹⁷⁹

Esto fue lo que dificultó los argumentos de responsabilidad penal bajo ese artículo, porque el tipo penal nada dice sobre la tenencia de animales, por ende, al no estar tipificada esta conducta, difícilmente pudo establecerse la responsabilidad penal en contra del acusado. Incluso los principios penales nos indican que nadie puede ser acusado por un delito que no existe.

Por otro lado, hemos estado diciendo que esta sentencia analiza el tema del principio penal *non bis in idem*, que se encuentra en nuestra Constitución y por medio del cual, ninguna persona puede ser sancionada dos veces por la misma causa. La Corte Suprema analizó si en la aplicación de una sanción administrativa y penal, se vulnera este principio. La Corte resolvió lo siguiente:

Por su lado, el Art. 5 del Código Procesal Penal señala: "Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho". Este precepto legal guarda relación con el principio constitucional consagrado por el Art. 24 numeral 16 de la Carta Magna, que dice: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa"; 6.5.- Al efecto, la doctrina es unánime, así el profesor Pedro Pablo Camargo en su obra titulada "El Debido Proceso", página 256, dice: "Se viola la garantía constitucional fundamental de non bis in idem cuando se aplica sanciones disciplinarias y penales por el mismo hecho. Hay violación del principio cuando la jurisdicción penal y la jurisdicción disciplinaria, aplicable a los servidores públicos juzgan por el mismo hecho al servidor público". Por su lado el Tribunal Constitucional Colombiano en resolución citada por Hugo Hernando Bernal Vallejo y Sandra Milena Hernández Rodríguez en su obra "El Debido Proceso Disciplinario", página 113, sostiene: "El conocido principio denominado non bis in idem, según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, se encuentra consagrado en nuestro Estatuto Supremo como un derecho fundamental, que hace parte de las garantías del debido proceso contemplados en el Art. 29 de la Carta. Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones sólo tiene operancia en los casos que existe identidad de causa, identidad de objeto e identidad de la persona a la cual se le hace la imputación. "La identidad de la persona significa que el sujeto inculpa debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole. La identidad del objeto está constituida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige

¹⁷⁸ Supra Nota 93. Art. 437 F.

¹⁷⁹ Ley Forestal y de Conservación de Áreas y Vida Silvestre Suplemento del Registro Oficial No. 418, del 10 de Septiembre de 2004.

entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza. La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos". Por su parte, el maestro ecuatoriano Jorge Zabala Baquerizo en su obra titulada "El Debido Proceso Penal", página 244, manifiesta: "Nosotros pensamos que el citado mandato constitucional no tiene límite en razón de la materia, pues es aplicable a cualquier clase de resoluciones judiciales, o administrativas, etc. Que hubieren pasado en autoridad de cosa juzgada. Aún más, si, v.gr., se está desarrollando un expediente de juzgamiento administrativo contra un funcionario, no se puede abrir otro por el mismo hecho contra la misma persona, pues sería un doble juzgamiento prohibido por la CPR, la cual de manera precisa dispone que "nadie" podrá ser sometido a la reiteración de un juzgamiento. La seguridad jurídica no solo se limita a garantizar la inmutabilidad de las resoluciones judiciales de carácter penal, sino a todas aquellas que provengan de cualquier espacio estatal, sea administrativo, tributario, laboral, etc.". En el caso sub júdice, es evidente que el imputado Carlos Estuardo Vásquez Amores fue juzgado y multado por el Jefe de Distrito Forestal de la Región No. 6 del Ministerio del Ambiente conforme obra de autos, razón por la cual en aplicación del principio constitucional non bis in idem consagrado en el Art. 24 numeral 16 y la doctrina señalada anteriormente que es concordante, no puede volver a ser juzgado por segunda vez, como erróneamente sugiere el Ministro Fiscal General del Estado.¹⁸⁰

Como se puede apreciar, en este caso la Corte Suprema determina que el imputado no puede ser sancionado nuevamente por vía penal, porque ya fue multado por el Jefe de Distrito Forestal. En este aspecto la doctrina y la jurisprudencia es bastante dispareja, porque si observamos la posición del Tribunal Constitucional de Colombia, órgano máximo de interpretación de la Norma Suprema, entiende que este principio no aplica en temas ambientales; ya que solo serían aplicables en causas que tengan la misma naturaleza y jurisdicción.

En cambio si tomamos en cuenta el análisis que hizo la Corte citando al jurista ecuatoriano Jorge Zabala Baquerizo; la norma no tiene límites en cuanto a la materia y por eso cualquier resolución administrativa o judicial cuenta; entonces en efecto, sí se estaría vulnerando este principio; sea con la multa que impone la Ley especial a los infractores y con el juicio penal que se ventila en paralelamente en su contra.

La doctrina y la jurisprudencia en este aspecto deberían acogerse a una posición uniforme, porque no se puede jugar con los derechos constitucionales del debido proceso de las personas. También es importante tener en cuenta que, siendo un tema

¹⁸⁰ Supra Nota 178.

tan trascendental como el resguardar el medio ambiente; al que constitucionalmente se le otorgan derechos como a las personas, en juicio, se les debe dar celeridad al proceso con las debidas garantías procesales y constitucionales, de modo que se ejerza justicia para el ambiente.

Si consideramos la posición de la parte demandada, el principio procesal y penal establece que nadie es culpable hasta que se pruebe lo contrario; no se puede establecer una culpabilidad absoluta, corresponde a la Fiscalía o Ministerio Público el dar inicio a las instrucciones fiscales necesarias para poder establecer la culpa de los imputados. Sin embargo es un tema probatorio que requiere de muchas pruebas periciales, testimoniales y materiales en juicio, y que al final el juez sabrá dictaminar quién tiene la razón.

3.3.3. Acción por contaminación del agua, aire y suelo. Comuna Tsáchila Peripa v. Juan Rivadeneira en Representación de la Empresa PRONACA.

Este es otro amparo constitucional presentado por varias personas de la Comuna Tsáchila Peripa, en él se reclama la contaminación al agua, aire y suelo. Situación que ha deteriorado la calidad de vida de estas personas, porque la Empresa PRONACA habría instalado un criadero de cerdos que colinda con la Comuna afectada.

Los accionantes recurren donde el Juez Décimo Noveno de lo Civil de Pichincha para reclamar sus derechos. No viéndose conforme la empresa con la instalación del criadero de chanchos, sitúan otro criadero de aves que empeoró la situación. La Comuna acudió ante las instancias administrativas pertinentes, hasta que el Gobierno Parroquial de Puerto Limón (Comuna aledaña), solicitó al Ministerio de Agricultura y Ganadería conjuntamente con el Servicio Ecuatoriano de Sanidad Agropecuaria, que se aplique el Decreto 309, el cual tiene como objetivo controlar las granjas de ganado porcino.

En el año 2003 se advirtió al Ministro del Ambiente que la Empresa PRONACA, estaba operando sin los permisos ambientales adecuados y que en consecuencia de la actividad que realizaban había dos ríos contaminados: el río Blanco y el río Peripa. El daño ambiental ocasionado por los 7,200 cerdos equivalía a la contaminación de 24,000 personas. Además la Empresa PRONACA no sólo que no contaba con los permisos ambientales pertinentes, sino que de conformidad a lo que informó el Consejo Nacional de Recursos Hídrico (ahora conocida como la SENAGUA), ésta tampoco tenía los permisos para el aprovechamiento de las aguas subterráneas.

En consecuencia sentencia indica que:

La contaminación causada por PRONACA en el suelo, aire y en el recurso agua, ha impactado negativamente no solo a la salud y bienestar de la población sino además a la vida acuática, la vegetación natural circundante y en general en la flora y fauna de la zona, violando disposiciones contenidas en la Constitución Política del Ecuador, la Ley de la Salud, la Ley de Gestión Ambiental y demás normativas ambientales.¹⁸¹

En adición, PRONACA tenía la intención de construir seis biodigestores, los cuales producen gas metano, producida por descomposición anaeróbica de excretas de cerdo. En oposición a la construcción de estos biodigestores es que la Comuna interpone el amparo, con sustento de la Constitución Política y las Leyes que protegen el ambiente.

PRONACA se excepciona alegando que la tecnología que utiliza esta Empresa es de óptima calidad y que al cabo de todo el tiempo en que ha estado realizando sus operaciones no se ha ocasionado ningún daño en el ambiente; que las todas las denuncias de los pobladores de la Comuna son infundadas y que en ningún momento tuvo como objetivo el construir dichos biodigestores. Por tanto le correspondería a la Corte desechar la demanda.

La Corte responde al tema de los biodigestores de la siguiente manera:

¹⁸¹ Primera Sala de la Corte Constitucional. Resolución No. 567, del Suplemento del Registro Oficial 23 del 8 de Diciembre del 2009.

DECIMA PRIMERA.- Por otro lado, la parte demandante, al invocar el acto de un particular bajo la premisa de que generaría un daño inminente a causa de la instalación de biodigestores u hornos de biogás, también ha mencionado hechos relativos a la actividad productiva de PRONACA, pues configuran una afección de interés comunitario, colectivo o difuso, conforme lo establecía la Constitución de 1998, considerado en la esfera del derecho por el interés público, por tanto a pesar de que los accionantes señalan como acto amenazante a la instalación de biodigestores, siendo como se ha señalado anteriormente que un biodigestor manejado de manera técnica y ambientalmente adecuados, es un sistema utilizado en otras latitudes para paliar la problemática energético-ambiental, así como realizar un adecuado manejo de los residuos de excretas de humanos y de animales; por lo que esta Corte quiere recalcar en el hecho de su inocuidad en sí mismo, pero a la vez enfatizar que siempre y cuando su instalación se realice dentro de un plan integral de ejecución y monitoreo, con la imprescindible vigilancia operativa por parte de las entidades de control de salud, laborales y del ambiente. Caso contrario dicha aparente ventaja podría convertirse en letal, especialmente para el ambiente humano, dado que genera gas metano y podría producir asfixia en caso de fuga (por desplazamiento del oxígeno), también puede fácilmente generar mezclas explosivas con el aire y lógicamente incendios.¹⁸²

Si bien es cierto, bajo el debido cuidado y monitoreo de estas plantas lo que se consigue es una energía que es buena para el ambiente, en sustitución del diesel y de la gasolina que se requieren para las maquinarias. Sin embargo, si no es prolijo el cuidado de los biodigestores, la cantidad de gas metano que se produce en la atmósfera, es dañino para la salud de las personas; porque produce asfixia en caso de fuga y eventualmente podría ocasionar explosiones e incendios en contacto con otros gases en el aire.

Se debe recordar pero, que no era intención de la empresa el situar estos biodigestores, por lo tanto, no corresponde a los jueces sancionar a la persona jurídica por esta circunstancia.

Así mismo en esta parte de la sentencia, se analiza el derecho a vivir en un ambiente sano que ya fue mencionado con anterioridad. En el caso que nos ocupa, lo que le preocupaba a las autoridades, es que los pobladores de esta comuna vivían cerca de las instalaciones del criadero de cerdos de PRONACA, por eso existía la probabilidad de una pandemia provocada por la gripe porcina, que se contagia por el contacto directo del humano con el animal.

¹⁸² Supra Nota 183.

DECIMO OCTAVA.- De otro lado, considerando la situación inobjetable de alerta de una posible generación de una pandemia mundial en relación al virus porcino que genera la gripe porcina conocida también como influenza porcina, originado justamente en criaderos de cerdos focalizados en países como México y EE.UU., siendo un potencial peligro ante el cual nuestro país ha tomado medidas de prevención pública, entre ellas la declaratoria de estado de excepción, ya que según expertos en medicina y de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el contagio no se produce al ingerir la carne de cerdo sino que se provoca en el contacto del ser humano con el cerdo. Teniendo en cuenta además que un medio idóneo de propagación para este tipo de virus es el agua, elemento utilizado por la actividad agroindustrial porcina y para el consumo humano, por lo que esta Corte considera que el Estado no debe escatimar en tomar e implementar todo tipo de medidas que conlleven a garantizar el derecho de la población ecuatoriana a gozar de un ambiente sano, a contar con una calidad de agua adecuada, a proteger su Naturaleza (los ríos), para el caso que nos ocupa, especialmente para las poblaciones que se encuentran cercanas a los criaderos de porcinos, habiendo sido los proponentes de esta acción de amparo.

También se señalan los derechos de restauración y preservación de la naturaleza, ya que la Empresa PRONACA, no contaba con los premisos del CNRH para el aprovechamiento de las aguas subterráneas y la restauración integral de los dos ríos que habrían sido contaminados por PRONACA.

DECIMO NOVENA.- Por ello, además no podemos dejar de invocar la restauración de la Naturaleza, obligación contenida en la Constitución de 1998 como recuperación de los espacios naturales que dice: "Art. 86.- El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza. Se declaran de interés público y se regularán conforme a la ley: 1. La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país. 2. La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas (...); el mismo concepto que contiene nuestra actual Constitución en su "Art. 72.- Derecho a la restauración.- La naturaleza tienen derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados C.). Esa restauración debe ser de carácter integral, como un conjunto de medidas orientadas a recuperar de manera sistémica las condiciones, composición y estructura original (vegetación, flora, fauna, clima, agua, suelo y microorganismos) de un ecosistema o proceso natural afectado o degradado por una actividad antropóide. Es indudable que en el presente caso existe una alteración del ambiente natural en cuanto al elemento agua de los ríos aledaños a las estaciones porcinas, pues está de por medio una actividad humana-industrial que, conjuntamente con las actividades propias de la vida de la civilización humana han generado cambios y degradación, por lo que deben asumir los correspondientes niveles imputables de dicha alteración e inducir su consecuente reparación integral.

VIGESIMA.- En conclusión la preocupación de los accionantes por la afectación al

medio ambiente es legítima no por la instalación de los biodigestores, sino por la forma en que éstos podrían funcionar, de no darse el imprescindible, adecuado y oportuno monitoreo, por lo que en aras del principio de prevención, esta Corte dispone medidas de control que redunden en la sanidad del sistema hídrico de la nación.¹⁸³

Finalmente la Corte resuelve ante la necesidad de establecer si los biodigestores afectarán la calidad vida y la salud de la comuna, pero mientras estos tengan el oportuno monitoreo y cuidado no existe problema. Para eso PRONACA deberá restaurar los ríos y obtener los respectivos permisos para el uso de aguas subterráneas.

En conclusión, se niega la acción de amparo a favor de los recurrentes sobre los biodigestores, se dispone que las autoridades del ambiente y del agua se reúnan con los dirigentes de las comunas y de PRONACA, con el fin de monitorear la actividad que realiza y verificar que haya un manejo adecuado de los desechos orgánicos e inorgánicos que se vierten en el agua de los ríos.

En cuanto a este fallo, el Doctor Mario Larrea Andrade nos dice que:

[...] Resulta absolutamente ilustrativo a efectos de verificar la tutela que por la vía de la acción de responsabilidad civil extracontractual puede recibir un particular respecto al daño ambiental ocasionado, de ahí que el daño al que se refiere se lo considera como daño personal. Sin embargo las consecuencias del daño ambiental no solo se reflejan en el patrimonio individual de un sujeto determinado; por el contrario, sus efectos alcanzan cuando menos a una colectividad sino a la sociedad en conjunto. En este caso, el interés legítimo lesionado sobrepasa la esfera individual de derechos y se convierte en un interés colectivo.¹⁸⁴

Así es como se puede establecer el nexo entre la responsabilidad civil y penal que recae sobre los infractores, frente al daño que se produce en el ambiente, cuyos efectos se despliegan ante toda la sociedad en conjunto y no en contra de un sujeto determinado, aquí se ven lesionados más que un derecho patrimonial de una persona, aquí hay una afectación al interés colectivo.

¹⁸³ Supra Nota 183.

¹⁸⁴ Supra Nota 1. p. 132.

3.4. Antecedente importante en el Derecho Penal Ambiental.-

A continuación se examinan una sentencia de carácter penal ambiental, que fue resuelta por el Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha, el 04 de Diciembre de 2007, con sentencia condenatoria en base al Art. 437 H del Código Penal que establece: “el que destruya, quemé, dañe o tale, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que estén legalmente protegidas, será reprimido con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave.”¹⁸⁵

El caso es sobre la tala indiscriminada de árboles en un bosque protegido llamado “Mashpi” en la Parroquia de Pacto. Para Hugo Echeverría el Tribunal fundamentó su sentencia en:

a) la declaratoria de bosque protector del área talada, emitida en el año 2004 por el Ministerio del Ambiente y b) en la inexistencia de licencia de aprovechamiento forestal. Como se puede verificar en la sentencia, al Tribunal Penal le correspondió examinar el contenido de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas y Vida Silvestre a fin de determinar el sentido jurídico de la expresión “ legalmente protegidas ” del artículo 437H.¹⁸⁶

El Tribunal dictaminó una sanción de 6 meses de prisión para los acusados, no hubo ningún recurso judicial adicional. Hubo un importante desempeño de la Unidad de Protección del Medio Ambiente de la Policía Nacional, quienes realizaron las investigaciones pertinentes. Sin embargo queda la duda, de que si en realidad esta sanción logró su cometido, porque al ser una sanción tan baja la que prevé esta norma, ¿qué certeza se tiene de que estos infractores una vez que salgan de prisión, no vuelvan a cometer una y otra vez este delito?

3.4. Conclusión.-

Los artículos del Código Penal y las sentencias analizadas nos permiten verificar, cómo han sido aplicados en la práctica; cabe mencionar que casi todas las

¹⁸⁵ Supra Nota 93. Art. 437 H.

¹⁸⁶ Supra Nota 88.

sentencias no hay una posición a favor de la naturaleza, salvo en el amparo constitucional en contra de PRONACA y el de la tala indiscriminada de árboles, es por ello que aún es necesario trabajar sobre este tema.

Si el objetivo principal de nuestra Constitución es propender a la protección y cuidado de la naturaleza por ser un sujeto de derechos, no se puede pretender que sea la Norma Suprema, las leyes ambientales y los Convenios Internacionales suscritos por el Ecuador en temas ambientales, los únicos mecanismos de control de la naturaleza, es fundamental que la ley penal opere efectivamente con medios coercitivos a través de un aumento de las sanciones, de manera que los infractores eviten cometer estos delitos.

CAPÍTULO 4.- Proyecto de reforma de los Artículos 347 A al 347 J.

4.1. El aumento de las penas en los delitos ambientales.-

En este capítulo se revisan el aumento de penas en los delitos ambientales, que son de fundamental estudio para el tema que nos ocupa, porque como se ha podido evidenciar en los capítulos anteriores, las normas que regulan estos actos carecen de eficacia pues no cumplen su imperante propósito de tutelar la naturaleza como un bien jurídico protegido.

El Derecho Penal Ambiental debe ser visto como uno de los mecanismos idóneos para crear una conciencia en los sujetos que eluda o esquive las penas provenientes de las acciones que atentan en contra de la naturaleza. Sin embargo, eso no ocurre en nuestra legislación, porque los artículos en el capítulo X-A del Código Penal que sancionan conductas que se perpetran en contra del medio ambiente, nos muestran que son normas con pobreza en su redacción, que son absolutamente incoherentes, inconsistentes y carecen de una pena proporcional al daño que se realiza.

En virtud de la problemática que nos presenta la norma jurídica penal ambiental, es necesario e impostergable que se realicen reformas en los artículos que se encuentran en nuestro Código, no solo por la confusa sintaxis que presentan, sino también porque es necesario que sean prácticas, eficientes y de conformidad a los principios ambientales que se establecen en nuestra Constitución.

Al respecto, cabe decir también que estos articulados que no guardan relación con el espíritu de la norma constitucional, porque en ellas se evidencia todavía esa visión antropocéntrica, en la que la naturaleza es un derecho del hombre en razón de que son trascendentales para su vida y su salud; pero, esta ya no es la perspectiva que maneja la Constitución de la República, en la que, como ya se dijo anteriormente, se ve a la naturaleza como un sujeto que tiene derechos, por ende es un ente autónomo que puede exigir sus derechos cuando estos se vean comprometidos.

Para dar inicio al tema, es necesario empezar por la proporcionalidad en las penas de modo que se justifique jurídicamente el por qué sería viable el incremento de las penas en estos delitos; seguidamente se debe entrar a examinar cómo se aplican estas penas en otras legislaciones y en base a qué fundamentos legales se basan para imponer determinada pena en vez de otra. Finalmente se observará el proyecto de reforma que propongo para estos delitos, con el fin único de que estas normas sean más efectivas.

4.2. La proporcionalidad en el aumento de las penas.-

La proporcionalidad es uno de los principios importantes del Derecho Penal, pues de él se desprende la justificación lógica y jurídica de las penas en los delitos. A pesar de que no es el tema central de estudio en esta tesis, sí es importante para argumentar el incremento de las penas en los delitos ambientales, de modo que no se incurra en arbitrariedades ni abusos. Ivonne Yenisey Rojas nos habla sobre este principio y nos dice que:

Se trata de un principio de carácter relativo, del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin que, eventualmente, guarde el gravamen de la libertad con los bienes, valores y derechos que pretenda satisfacer. Es un principio que compara dos magnitudes: medio y fin.¹⁸⁷

En términos generales podríamos decir que éste principio, por su larga evolución histórica, empezó como un mecanismo necesario para frenar y limitar el derecho de castigo o *ius puniendi* que tenía el Estado a su favor para sancionar las conductas incorrectas a sus gobernados. En la actualidad cada Estado es responsable de incorporar a sus normas fundamentales éste principio, así como en nuestra Constitución de la República se encuentra recogido en el artículo 76, el cual reza:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 6. La

¹⁸⁷ I. Y. Rojas. “La Proporcionalidad en las penas”. En: *Revista El Mundo del Abogado*. (2008), p. 5.

ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.¹⁸⁸

Este principio penal enuncia básicamente que las penas en los delitos deben ser proporcionales al impacto que éstas produzcan en la sociedad; esto es precisamente lo que nos dice el tratadista Santiago Mir Puig cuando habla sobre la proporcionalidad, porque “la pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho”.¹⁸⁹ En ciertos casos, el resultado de una conducta puede afectar seriamente a la sociedad, entonces la sanción deberá más grave, pero, en aquellos casos donde la infracción no cause mayor detrimento al bien jurídico, entonces la sanción deberá ser menor.

En este sentido, el mismo autor nos manifiesta que:

[...]No deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito. Hay que distinguir dos exigencias: La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada. La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho.¹⁹⁰

La proporcionalidad en las penas va atada necesariamente a una escala de valores que cada sociedad tiene, de modo que aquellos bienes que se consideren más valiosos, serán dignos de mayor protección por parte del Estado, por ende, su agresión tendrá una sanción más fuerte, mientras que las conductas menos graves que atenten a otros bienes, tendrán una sanción leve. Lo importante es prever que las sanciones no sean exageradas, sino que se encuentren dentro de los límites del principio de legalidad.

Al respecto, vemos que Cesare Beccaria sostiene una posición equivalente a lo que se ha venido discutiendo, y nos dice que “debe por esto haber una proporción entre los delitos y la pena [...] si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala

¹⁸⁸ Supra Nota 31. Art. 10.

¹⁸⁹ S. Mir Puig. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Euros, 1998, p. 99.

¹⁹⁰ *Ibíd.* p. 100.

correspondiente de penas en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura”.¹⁹¹

Igualmente Ivonne Yenissey Rojas nos dice que:

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico.¹⁹²

En base a lo mencionado, la misma autora también nos explica que:

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico.¹⁹³

En resumen lo que se intenta exponer aquí de acuerdo con Diego Silva Balerio, Jorge Cohen, Francisco Terra y Nicolás Brunet es una “jerarquización de los bienes jurídicos en juego y posteriormente con el grado de afectación material de estos”¹⁹⁴.

En definitiva, cada sociedad es la encargada de determinar qué actos se consideran lesivos y cuáles no, para ello también se ha de incorporar un sistema que gradualmente suba o baje las penas dependiendo del bien jurídico y del impacto que éste sufra con el cometimiento del delito. Así por ejemplo en los delitos ambientales, no es factible incrementar todas las penas al mismo tiempo, porque no todos los daños ambientales tienen el mismo grado ni resultado, por eso se deben aplicar las penas paralelamente al daño que se produce en el bien jurídico naturaleza.

En cuanto a la gradualidad que debe tener una sanción Ernesto Albán Gómez expresa que se debe “escoger entre el máximo y el mínimo de la pena señalada para cada infracción. En este punto el juzgador tiene la absoluta discrecionalidad para tomar una decisión, aunque es obvio suponer que lo hará por causas que haya

¹⁹¹ C. Beccaria. *De los delitos y de las penas*. Barcelona: Altaya, 1994, p. 35, 36.

¹⁹² Supra Nota 189. p. 5.

¹⁹³ Supra Nota 189. p. 6.

¹⁹⁴ N. Brunet, Et. Al. *Límite al poder punitivo*. Uruguay: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2007, p. 22.

podido apreciar en relación al condenado.”¹⁹⁵ En el caso de que se cometa un delito en contra de la naturaleza (un bien jurídico protegido), la pena deberá ser proporcional al daño que se genere en el ecosistema.

Por ello, no será lo mismo contaminar un río con una sustancia tóxica fuera de los límites establecidos por ley, que realizar una actividad que contamine el medio ambiente de forma clandestina. Dependerá también de las repercusiones que una y otra produzcan posteriormente; tampoco es lo mismo contaminar de modo que el daño sea remediable, a una actividad contaminante que tenga un resultado irreversible.

En el tema de la proporcionalidad existen criterios que sirven para definirla de mejor manera, para ello se cita a Isabel Perello Domenech, quien sintetiza estos tres elementos de manera didáctica:

1. La necesidad o juicio de indispensabilidad- Ello implica examinar si la intervención pública es indispensable, por no existir un instrumento más moderado para su consecución. De entre los diversos medios posibles, habrá de optarse por aquel que implique una menor restricción en la esfera jurídica de los afectados, esto es, que no se imponga un sacrificio claramente innecesario por no existir otra alternativa menos gravosa que puede satisfacer igual objetivo. 2. La proporcionalidad en sentido estricto- Para esto resulta inevitable valorar los diferentes intereses contrapuestos y las circunstancias concurrentes en cada caso. Los beneficios y ventajas derivados de la restricción del derecho deben ser siempre superiores a los perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto. Debe existir una equilibrada ponderación entre las ventajas y los perjuicios que se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido, tomando en consideración las circunstancias relevantes en cada caso.¹⁹⁶

Estos son los criterios que la doctrina considera necesarios al momento de establecer una pena para una conducta delictiva, la idoneidad porque no toda sanción cumple con su rol de corregir las conductas en los individuos; la necesidad porque existen penas alternativas que logran correctivos en la gente, que en la práctica, tienen mayor eficacia que aquellas sanciones graves que privan la libertad.

¹⁹⁵ Supra Nota 95. p. 284.

¹⁹⁶ I. Perello Domenech. *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. 07 de septiembre de 2011. Disponible en: dialnet.unirioja.es

Finalmente el último elemento, que se relaciona con los dos primeros y que tiene que ver fundamentalmente con el perjuicio o detrimento que sufre un derecho frente a un bien jurídico tutelado; por ejemplo en las conductas ilícitas en contra del ambiente, se pondera su derecho de cuidado y preservación, frente al derecho de libertad del sujeto activo que contamina.

4.3. Legislación comparada.-

Después de haber revisado la proporcionalidad en las penas, que sin duda es un principio de suma importancia en esta tesina debido a la propuesta que este trabajo nos ofrece; es trascendental examinar la legislación de otros países latinoamericanos, siendo escépticos sobre qué aspectos podrían ser aplicados a nuestra realidad y cuáles no.

El hacer una comparación con las diferentes legislaciones existentes en materia penal ambiental, fomenta una clara aspiración hacia la necesidad de simplificarlo todo, para concentrar todos esos elementos que se encuentran dispersos, de manera que se encuentren las similitudes, relaciones y parentescos que hay entre los tipos penales y así se logre una homogenización y se puedan crear normas que sean efectivas en nuestra sociedad.

En este sentido se ha pronunciado Pedro Fernández de Córdoba Álvarez:

Cuando hacemos la confrontación, que no es, necesariamente, siempre consciente, establecemos también, a veces, sin quererlo, semejanzas y diferencias entre los objetos comparados. De la misma manera determinamos la presencia de ventajas e inconvenientes que, según el uso o la circunstancia, puedan ostentar. Es necesario enfatizar que no es la razón la que, exclusivamente, ni siquiera, frecuentemente, percibe estos aspectos; ellos son más bien establecidos por vía emotiva, afectiva, lo cual, desde el punto de vista científico, no sería aceptable. Pero, objetivamente hablando, allí están y no es posible prescindir de ellos en su integridad.¹⁹⁷

Este mismo autor define al derecho comparado como la “aplicación del método comparativo al estudio del Derecho”¹⁹⁸, que es sin duda la más adecuada por cuanto

¹⁹⁷ P. Fernández de Córdoba. *Estudios de Derecho Comparado*. Cuenca: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001, p. 6.

¹⁹⁸ *Ibíd.* p. 10.

constituye una herramienta de trabajo para lograr un fin determinado, que en este caso es el de determinar cuáles serían las penas más apropiadas para la propuesta de reforma de las leyes penales ambientales que se encuentran en el Código Penal en el capítulo X-A.

Citando nuevamente a Pedro Fernández de Córdoba Álvarez, podríamos decir que:

La labor del Derecho Comparado consiste en poder presentar un examen exhaustivo y con conocimiento de causa, sobre esas soluciones o reglas y posibilitar un escogimiento que va, sin lugar a dudas, haciendo que se produzcan intercambios y trasplantes jurídicos que traen consigo la simplificación o unificación de las Legislaciones.¹⁹⁹

Es por ello que los países latinoamericanos que he seleccionado para iniciar la comparación son:

México: por ser uno de los países que mayor contaminación tiene en toda Latinoamérica y que por cierto tiene una ley penal muy rígida en cuanto a los ilícitos en contra del ambiente.

Brasil: porque es un país con gran diversidad biológica y cuenta con un desarrollo normativo importante en la materia, que ha promovido la creación de una ley especial.

Venezuela: que de igual manera cuenta con un gran patrimonio natural y diferentes ecosistemas dignos de protección por parte del Estado, por lo que tampoco se restringió la creación una ley especial en materia penal ambiental. Además hoy por hoy, nuestro modelo político y legislativo sigue mucho al venezolano, verbigracia de las similitudes que encontramos en la Constitución ecuatoriana y la venezolana.

¹⁹⁹ *Ibíd.* p. 10.

4.3.1. Legislación penal ambiental en México.-

La legislación penal ambiental mexicana parte del derecho fundamental establecido en la Constitución Política en su artículo 4, por el cual “toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.”²⁰⁰ En base a este derecho se desprende una necesidad de tutelar el bien jurídico protegido de “calidad de vida”, ligado aún a otros bienes fundamentales del hombre como: la vida, la integridad física y la salud pública.

Esto no coincide con nuestra realidad a nivel constitucional, porque la naturaleza tiene derechos propios que son exigibles, se ha superado la idea de que ésta se encuentra a merced del hombre como un derecho colectivo o difuso y el fin único de su protección es el de preservar la calidad de vida del hombre y su salud. Independientemente de la postura que se tome en cuanto a que si la naturaleza puede ser un sujeto de derechos o no, la norma constitucional es clara en cuanto al rigor de su protección, como un ente autónomo digno de respeto.

Los antecedentes a los delitos ambientales en México fueron la Ley Federal de Protección del Ambiente, que recogía algunas conductas atentatorias al ambiente, posteriormente en el año 1988 se promulga la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en la que se incorpora una lista de conductas tipificadas con sus respectivas sanciones; sin embargo aún era necesario reforzar la normativa, por lo que se añadió un capítulo adicional en el Código Penal para el Distrito Federal, que contempla las infracciones en contra del medio ambiente, tanto en soberanía como en jurisdicción.

Paralelamente, la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales trabajó conjuntamente con la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente y el Ministerio Público Federal, para que se denuncien todos aquellos actos ilícitos que contaminen el ambiente. Adicionalmente se incluyó la culpa y el peligro en los tipos penales, puesto a que antes solo se podría ser responsable por dolo, esto llevó al

²⁰⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 4, Publicado en el Diario Oficial el 5 de Febrero de 1917.

incremento de las penas de prisión como de las pecuniarias con el fin de que no haya conductas que queden en la impunidad.

Evidentemente, las penas que provengan de la negligencia de un sujeto tenían una sanción menos dura respecto de aquellas que se cometan con la intención de producir un daño grave en la naturaleza. En nuestro país desde el año 2000 en que entraron en vigencia las normas penales ambientales en el Código Penal, ya se identificaban a todos estos delitos ambientales como culposos.

En México las penas de prisión con las penas pecuniarias tuvieron que ser homologadas, lo que quiere decir que, por un día de prisión se genera un día de multa: antes las penas iban de 3 meses a 6 años de prisión, que pasó a ser de un año 9 años de prisión, con eso las penas económicas cada día de multa equivale a lo que produce una persona en el día.

4.3.2. Legislación penal ambiental en Brasil.-

Brasil sigue un modelo de legislación especial, que no se encuentra dentro del Código Penal, conocida como Ley N° 9.605, de 12 de febrero de 1998²⁰¹ en la cual se establecen sanciones administrativas (multas), como penales frente a las conductas o actividades nocivas para el medio ambiente. Lo que resulta interesante y novedoso dentro de esta normativa, es la posibilidad de hacer responsable a una persona jurídica dentro de la esfera delictual en contra del ambiente.

Independientemente del escepticismo que gira en torno a la posibilidad de que se le pueda imputar de un delito a una persona jurídica (por cuanto no se puede probar su autoría subjetiva), son responsables penalmente los autores materiales del delito y no todos los miembros que conforman una corporación. Esto resulta bastante lógico, puesto a que no siempre se debe responsabilizar al Gerente o al Presidente de la Empresa porque siempre hay individuos que ocupan puestos en los que se

²⁰¹ Ley n° 9.605, promulgada 12 de Febrero de 1998 en Brasil.

requiere mayor diligencia, especialmente si se trata de una actividad en la que el resultado puede ocasionar daños en el ambiente.

Dentro del capítulo V de esta ley se encuentran los delitos ambientales; se encuentra dividido en 5 secciones que abordan todos los delitos que se pueden cometer en contra del ambiente, así por ejemplo: la primera sección nos habla sobre “los Delitos contra la Fauna”, la segunda es sobre “los Delitos contra la Flora”, la sección tercera habla sobre “la Contaminación y otros Delitos Ambientales”, la cuarta habla sobre “los Delitos contra el Ordenamiento Urbano y el Patrimonio Cultural” y la última sección es sobre “los Delitos contra la Administración Ambiental”.

Las sanciones para los delitos de contaminación son de uno a cuatro años además de una multa; cabe decir que aquellos delitos que se cometan sin culpa del agente obviamente tienen una pena inferior, también se imponen agravantes en caso de daño grave o irreversible, o si la contaminación de basura o hidrocarburos fuese en un área habitada, sea esta en el agua potable o en las playas.

Así también, la contaminación que provenga de sustancias nucleares o radioactivas agrava la pena; también el daño irreversible en la flora o fauna y en los casos en que una persona salga lesionada corporalmente o se produzca la muerte.

Estas son sanciones más racionales tomando en cuenta lo que hemos revisado sobre los delitos ambientales en el capítulo X-A de nuestro Código Penal. Aquí el número de años no es diferente al nuestro, ni tampoco es exagerado; sin embargo las sanciones son claras y se disponen agravantes en temas de daño irreversible al ambiente a causa de la contaminación, así también observamos como aumenta la pena a raíz de una grave contaminación que deja como resultado lesión o muerte en las personas, así como el contaminar el agua potable con residuos de basura o petróleo.

Este es un ejemplo claro de cómo deben reformarse las normas penales para proteger el medio ambiente, no basta con que hayan multas administrativas o que haya una vía civil que permita responsabilidad extracontractualmente a las empresas, por el contrario, las sanciones de las normas penales ambientales debe ser reforzadas y endurecida de manera que cumplan con su objetivo inicial.

4.3.3. Legislación penal ambiental en Venezuela.-

Nos queda por revisar esta normativa venezolana en este tema, al respecto existe una Ley Penal Ambiental²⁰² promulgada en Caracas el 3 de enero de 1992, En el Diario Oficial No. 4358 para la defensa y el mejoramiento del medio ambiente a través de sanciones como: prisión, arresto, multas y trabajo comunitario para los infractores.

Esta ley es un muy buen aporte, ya que recoge todos los principios y elementos del tipo, delimita los delitos de peligro concreto y aquellos de peligro abstracto. En principio podríamos decir que:

En esta ley se aplican a todos aquellos hechos en ella descritos cometidos en el territorio de la República (Principio de Territorialidad); pero además, la ley puede ser aplicada por aquellos delitos cometidos en el extranjero cuando hubieren afectado o puesto en peligro, en Venezuela, un bien jurídico protegido por la ley.²⁰³

Esta ley tiene un rango de norma especial, por lo que en base al principio de especialidad, esta norma prevalece sobre el Código Penal venezolano, en semejanza a la Ley de Tránsito sobre el Código Penal en el Ecuador.

Además se “establece una aplicación de sanciones graduales, dependiendo de la gravedad del daño causado”²⁰⁴, que es precisamente sobre lo que hemos venido hablando, esto resulta más lógico tomando en cuenta que no todos los daños son iguales, por ende las sanciones no pueden ser iguales en todos los casos. Esto quiere decir que mientras más severo sea el daño en el ambiente, mayor será la pena y si el

²⁰² Ley Penal Ambiental, promulgada el 3 de enero de 1992 en Caracas, Venezuela.

²⁰³ Supra Nota 107.

²⁰⁴ Supra Nota 107.

daño es remediable de manera íntegra, no amerita que se le imponga una pena de prisión.

Con respecto a las penas, podemos decir que esta ley “establece una pena disminuida de una tercera parte a la mitad de la normalmente aplicable”²⁰⁵, porque se determina la cantidad de la pena de acuerdo a si es un daño mayor o menor que sirve para establecer la culpa del sujeto activo. Así por ejemplo el Art. 10 de la Ley Penal Ambiental nos dice que “cuando se produzca por la comisión del delito además un daño, la pena se aumentará en su mitad. Si el daño es grave, el aumento será de las 2/3 partes.”²⁰⁶

El tiempo para la prescripción de una acción, depende del tiempo que se establece para la sanción respectiva, así por ejemplo una acción puede prescribir a los 5 años, cuando la pena que se establezca por el delito fuere por más de 3 años. Si la pena fuere de 3 años o arresto por más de 6 meses, la acción prescribe a los 3 años. Si el hecho punible tiene arresto de 1 a 6 meses, la acción prescribirá en 1 año. En la cuestión civil, la acción prescribe en 10 años igual que en el Ecuador.

Finalmente, en cuanto a las medidas cautelares que también se encuentran concebidas en el Art. 437 K en nuestro Código Penal, en la ley venezolana puede solicitarse al juez en cualquier momento del proceso, aunque el juez de oficio también puede pedir las a fin de que se interrumpa el peligro y el daño al ambiente o a la salud de las personas. En este sentido “la intención del legislador, es desvincular dichas medidas del binomio delito-pena, para concebirlas como medidas puramente preventivas basadas en la peligrosidad del agente.”²⁰⁷

Es interesante observar las novedades jurídicas que existen en otros países. Venezuela es el primer país sudamericano, que cuenta con una sola norma que se ocupa de regular los temas penales ambientales con responsabilidad tanto penal como civil; en cambio en nuestro país, a pesar de que nuestra Constitución recoge

²⁰⁵ Supra Nota 107.

²⁰⁶ Supra Nota 107.

²⁰⁷ Supra Nota 107.

los derechos de la naturaleza y hay una norma que se ocupa del tema ambiental, el capítulo del Código Penal en el que se destina para sancionar los delitos ecológicos podría resultar un tanto insuficiente, porque los tipos son ineficientes y las penas son mínimas.

Sería de gran importancia que en el Ecuador, la Asamblea trabaje en un proyecto de ley especializado en delitos ambientales, que tenga como objetivo principal el cuidado de la salud humana, el medio ambiente, los ecosistemas y los recursos renovables como no renovables, donde las penas sean proporcionales al daño que se genera. Nuestro país se caracteriza por tener una gran cantidad de biodiversidad y ecosistemas únicos en el mundo y sería muy triste perderlos.

4.4. Propuesta de reforma de los artículos 437 A al 437 J.-

Una vez que se han revisado los artículos del Código Penal que abordan los delitos en contra del medio ambiente, los cuales se encuentran recogidos en el Capítulo X-A, y luego del análisis conceptual y doctrinario que ha sido consignado, se concluye en la imperiosa necesidad de elaborar una propuesta normativa con el propósito de reformar específicamente los artículos 437 al 437 K del Código Penal, con el fin de incorporar las modificaciones que permitan incrementar las sanciones para las conductas que lesionan los derechos de la naturaleza, lo cual permitirá preservar sus derechos y guardar coherencia con el mandato constitucional y con el régimen de derechos y de justicia que consagra el principio del “buen vivir” y el del respeto a la “Pacha Mama”.

En tal sentido, adjunto el proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal que modificaría los tipos penales antes señaladas y sus sanciones.

ANTEPROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

La Constitución de 1979, en términos muy generales se reconoce el “derecho del hombre a tener un nivel de vida que asegure su salud”. El precepto enunciado

denota el tratamiento dado en Cartas Fundamentales pasadas a la naturaleza que no le confería derechos sino más bien tenía una visión de la misma a través de los derechos difusos o colectivos de las personas.

El derecho a “vivir en un ambiente sano” surge con el Constitución de 1998; en ella se superan los preceptos arcaicos de que la naturaleza está a la merced del hombre, su vida y su salud; y es a éste a quien le corresponde velar por su cuidado.

En la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución que fuera promulgada en el 2008 y que actualmente nos rige, como un hito histórico para el país y para el mundo, se otorgan derechos a la naturaleza; innovación de los legisladores constituyentes, quienes en una visión vanguardista y ecocentrista consagraron en la Carta Fundamental a la naturaleza como sujeto de derechos.

La actual concepción de la naturaleza le confiere la calidad de un ente autónomo, capaz de exigir plenamente sus derechos, los cuales podrán además ser demandados de manera individual y colectiva a través de los mecanismos constitucionales que prevé la Norma Suprema y la legislación vigente.

El artículo 14 de la Constitución del 2008 reconoce el derecho de la población de vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en base a los principios del buen vivir, el de conservación, preservación, prevención y recuperación del derecho ambiental, lo cual fortalece el objetivo fundamental de proteger y resguardar la naturaleza y sus diferentes componentes.

La Declaración de Estocolmo (1972) y la Carta de la Naturaleza (1982), son las pioneras en establecer a la naturaleza como un derecho del hombre y determina algunas conductas lesivas; es así como se resalta al hombre como el principal agresor del medio ambiente; la indiscriminada explotación de recursos no renovables, el rendimiento agrícola insostenible; la contaminación excesiva de los ecosistemas; y, la degradación del entorno natural.

La Constitución en su Artículo 10 prescribe la protección de la naturaleza como una entidad autónoma sin perjuicio del daño que se pueda causar a otros bienes protegidos. La conducta humana que evidentemente lesiona a la naturaleza debe ser sancionada con el fin de cuidar el patrimonio ecológico. La cultura y la conciencia social resultan insuficientes frente al voraz deterioro que enfrenta la naturaleza por causa del hombre. Es imperativo e impostergable legislar para proteger este bien jurídico del Ecuador y de toda la humanidad a través de la tipificación de las conductas que le generan daño o del aumento de las penas en los delitos ambientales que actualmente son muy leves.

Medidas coercitivas y sanciones más fuertes, son las herramientas jurídicas idóneas que permitirán prevenir los daños al medio ambiente, preservar la calidad de vida y fomentar el equilibrio y la preservación de los ecosistemas de manera residual, pero sobre todo, lograrán su primordial cometido de generar conciencia social sobre el daño ambiental a nivel nacional, que de tomarse medidas oportunamente podrá ser catastrófico o irreversible.

La necesidad de incorporar en el Código Penal reformas que incrementen las penas para los delitos del medio ambiente responde a una exigencia social, que a través de un marco legal plenamente constitucional y técnicamente apropiado, contribuirá de manera decisiva a la labor gubernamental y permitirá responder a las exigencias de los individuos y de los colectivos de precautelar los derechos de la naturaleza.

Por todo lo enunciado, es imperioso que la Asamblea Nacional conforme el mandato contenido en el Artículo 84 en la Constitución de la República y a la potestad que le ha sido conferida para promulgar leyes y reformarlas, conozca y apruebe el Proyecto de Ley Reformativa al Código Penal, como la norma sustantiva que permita reformar las sanciones previstas para los delitos ambientales en procura de generar una cultura que preserve la naturaleza y sus derechos.

LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que, el Art. 10 de la Constitución de la República prescribe que la naturaleza será sujeto de los derechos y que para su exigibilidad se podrá acudir de forma individual o colectiva ante los órganos competentes; precepto que guarda concordancia con el artículo 83 del texto constitucional que consagra como deber fundamental el respeto a los derechos de la naturaleza, la preservación del ambiente sano y el uso racional de los recursos de forma sustentable y sostenible.

Que, el Art. 12 de la Carta Fundamental preceptúa el agua como un recurso de uso público y como un derecho fundamental de los ciudadanos, el cual no puede ser menoscabado por la contaminación.

Que, el Art. 14 de la Constitución que nos rige, consagra el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en base a los principios del “buen vivir”, y resalta el interés público del cuidado y conservación de los ecosistemas, biodiversidad y de todo el patrimonio natural existente en nuestro país. En esta misma norma se establece la obligación de restablecer y recuperar los espacios naturales que fueren comprometidos como consecuencia de una actividad contaminante.

Que, la Carta Fundamental a través del Art. 15 prohíbe cualquier tipo de tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento de armas químicas, biológicas y nucleares o contaminantes que sean altamente tóxicos de manera que se pueda afectar a la salud humana, la soberanía alimentaria y a los ecosistemas. Todo desecho tóxico y residuo nuclear está prohibido en el territorio nacional.

Que, el Art. 32 de la Constitución garantiza el derecho a la salud, en base a los preceptos de un ambiente sano, el derecho al agua, la soberanía alimentaria para que funcionen armónicamente con el “buen vivir”.

Que, el Art. 57 de la Carta Magna confiere a las tierras de las comunidades indígenas y pueblos ancestrales la calidad de inalienables, inembargables e indivisibles. El mismo mandato constitucional establece el derecho de las comunidades indígenas y pueblos ancestrales a ser consultados cuando sus tierras puedan ser afectadas ambiental y culturalmente con procesos de explotación de recursos no renovables.

Que, el Art. 76 numeral sexto de la Constitución garantiza proporcionalidad entre las sanciones y las infracciones penales, de modo que exista paridad entre la sanción que se aplica y el bien jurídico lesionado.

Que, el capítulo Séptimo de la Constitución, Arts. 71, 71 y 73 se otorga derechos a la naturaleza; se reliva el respeto integral de todos sus componentes, ciclos vitales, funciones y procesos evolutivos; se genera el derecho de restauración a favor de la naturaleza; y se determinan en forma expresa las restricciones a aquellas actividades que puedan extinguir las especies, destruir los ecosistemas o alterar los ciclos naturales.

Que, mediante Ley 99-49 publicada en el Registro Oficial No. 2 de 25 de enero del 2000 se incorpora al Código Penal la sección de los delitos contra el medio ambiente, específicamente en el capítulo X-A, dentro del Capítulo X que tipifica los delitos contra la salud pública.

Que, es imperioso reformar el Código Penal, para armonizar sus disposiciones a la nueva concepción de la Carta Fundamental que confiere derechos a la naturaleza; para incorporar nuevos tipos penales o clarificar o mejorar los existentes; así como; para revisar las sanciones en concordancia con la proporcionalidad que debe guardar la pena frente al bien jurídico lesionado.

En ejercicio de la facultad prevista en el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

Art. 1.- Sustitúyase el Art. 437-A por el siguiente:

“Art. 437-A: Quien posea o introduzca desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas, armas químicas o biológicas, u otras similares que por sus características constituyan un peligro para la salud humana o degraden o contaminen el medio ambiente, fuera de los límites permitidos por ley, será sancionado con prisión de seis meses a dos años, si el daño pudiere ser remediado integralmente y multa de una remuneración básica unificada; y, de tres a seis años, si el daño tuviere carácter irreversible; y multa de tres remuneraciones mensuales básicas unificadas.”

Art. 2.- Reemplácese el Art. 437-B por el siguiente:

Art. 437-B: Quien infringiere las normas sobre protección del ambiente al verter residuos de cualquier naturaleza que pudieren causar daño, perjuicio o alteración a la flora, a la fauna, al potencial genético, a los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de seis meses a dos años y con multa de una remuneración mensual básica unificada, siempre que perjuicio no fuere permanente; y de tres a seis años, si el daño o alteración tuviere carácter permanente e irreversible, en cuyo caso la multa incrementará hasta en tres remuneraciones básicas unificadas.

Estas penas serán aplicables siempre y cuando el hecho no constituya un delito sancionado con una pena mayor.”

Art. 3.- Sustitúyase el Art. 437-C por el siguiente:

Art. 437-C: Será sancionado con pena de tres a seis años de prisión, y con multa de hasta tres remuneraciones básicas unificadas, el que infringiere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza cuando el perjuicio o alteración ocasionados tengan carácter irreversible; el acto sea parte de actividades desarrolladas clandestinamente por su autor; o, los actos contaminantes afecten gravemente recursos naturales necesarios para la actividad económica.”

Art.4. - Elimínese el Art. 437-D

Art. 5. - Sustitúyase el Art. 437-F por el siguiente:

Art. 437-F: El que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice especies de flora o fauna legalmente protegidas, será reprimido con una pena de seis meses a dos años; con multa de una remuneración básica unificada, cuando el hecho se realice en período de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies; y, de tres a seis años y multa de hasta tres remuneraciones mensuales básicas unificadas, cuando el hecho se cometa contra especies en peligro de extinción.

Constituirá una agravante el hecho que se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas.

Iguales penas se aplicarán a la extracción de especies acuáticas, protegidas en épocas, cantidades o zonas vedadas, que impliquen el uso de procedimientos de pesca o caza expresamente prohibidos.

Art. 6. - Elimínese el Art. 437-G

Art. 7. - Sustitúyase el Art. 437-H por el siguiente:

Art. 437-H: El que destruya, quemé, dañe o tale, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas legalmente protegidas será sancionado con prisión de tres a seis años de prisión; con multa de hasta tres remuneraciones básicas unificadas, si el delito es cometido en lugares donde existan vertientes que abastezcan de agua a un centro poblado o sistema de irrigación;

Será un agravante, si como resultado del delito se produce la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático.

Art. 8.- Sustitúyase el Art. 437-I por el siguiente:

Art. 437-I: Será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de una remuneración básica unificada, si el hecho no constituye un hecho más grave, el que sin autorización o sin sujetarse a los procedimientos previstos en las normas aplicables, destine las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo, a convertirse en áreas de expansión urbana, o de extracción o elaboración de materiales de construcción.”

Art.9.- Reemplácese el Art. 437-J por el siguiente:

Art. 437-J: La servidora o servidor público que en ejercicio de sus competencias o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o emita informe u opinión para el destino indebido de tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a otro u otros usos distintos a los permitidos por la ley; será reprimido con prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio del derecho de repetición que tendrá a su favor el Estado.”

CAPÍTULO 5.- Conclusiones.

Tras la investigación realizada, se obtienen las siguientes conclusiones de manera general y específica.

Generales:

1. La problemática que plantea la degradación del entorno natural, particularmente en países como los de América Latina, son de semejante o mayor magnitud que la de los países industrializados, precisamente por la falta de una política tendiente a dar eficacia y eficiencia a la normativa existente sobre la protección de los valores ambientales.
2. El deterioro del ambiente puede analizarse dentro de tres causas principales: a) crecimiento demográfico; b) el perfeccionamiento de la industria; c) el crecimiento de las necesidades individuales en cada sociedad. Detrás de estos problemas, se encuentra el ser humano, quien es el principal agresor de la naturaleza al permitir la continuación de un modelo de desarrollo que no respeta los límites biofísicos de los ecosistemas.
3. Ante estos problemas, se han creado muchas normas en materia ambiental a nivel nacional e internacional. El fin principal que tienen estas leyes, es el tutelar la naturaleza reconocida como un bien colectivo. Por ejemplo en el Ecuador, la Constitución vigente aprobada en el 2008 en Montecristi, tiene un tinte ecologista, más geocéntrico que antropocéntrico que se hace visible a través de los derechos otorgados a la naturaleza. También reconoce el deber fundamental que tiene el Estado y todos los ciudadanos, para garantizar estos derechos, crear planes de gestión y desarrollo ambiental, sin mencionar las políticas públicas que se deben ejecutar en base a los principios de desarrollo sustentable; con el objetivo de que se pueda proteger y conservar el patrimonio natural del país.
4. Es importante mencionar, que las innovaciones hechas a nuestra legislación constitucional, provienen de una rama especial del Derecho conocido como Derecho Ambiental, el cual engloba todas aquellas normas y principios que se

encargan de cuidar el entorno natural y los ecosistemas, de las agresiones provocadas por el hombre.

5. Sin embargo, muchas veces las normas ambientales administrativas que deben prevenir el daño ambiental no tienen el suficiente impacto en la sociedad, por cuanto sus sanciones no son suficientemente disuasivas, por lo que se acude a un Derecho, capaz de modificar las conductas destructivas del hombre en contra de la naturaleza; a este se le conoce como Derecho Penal Ambiental.
6. El Derecho Penal Ambiental, como su nombre lo indica, consiste de un grupo de normas penales, que sancionan aquellas conductas ilícitas que se cometen en contra de la naturaleza, ya sea porque son destructivas o porque vulneran ciertos límites permitidos de contaminación. Además, ha de considerarse a este Derecho como un mecanismo efectivo, que ayuda a modificar esas conductas indeseadas.
7. El Derecho Penal en el ámbito ambiental, tiene un carácter primordialmente disuasorio y accesorio; en cuanto al primero, por su finalidad intrínseca, de prevenir, como por las especiales características de la materia regulada, donde las consecuencias de la lesión pueden ser catastróficas e impredecibles. En el segundo caso, es accesorio al Derecho Ambiental, en el que se aplican sanciones con carácter administrativo, como multas, mientras que este Derecho aplica penas de prisión y pecuniarias.
8. Al igual que la legislación venezolana, por ser la pionera en Sudamérica en tener una norma especial para los delitos y contravenciones ambientales; la Asamblea Nacional en el Ecuador, primero deberá trabajar en un proyecto de reforma del Código Penal, que permita incrementar las penas que se establecen en el Capítulo X-A. Posteriormente, con los derechos que otorga la Constitución vigente y las políticas ambientales que se vayan ejecutando, se podrá hablar de un proyecto de ley penal ambiental similar al de Venezuela.

Específicas:

1. La Constitución vigente promulga que la naturaleza tiene derechos y que los ciudadanos por iniciativa propia pueden, demandar esos derechos ante los órganos jurisdiccionales, cuando se vean comprometidos. Así mismo, se menciona la inversión de la carga de prueba para el demandado y además señala que las acciones por daño ambiental son imprescriptibles. En base a estos lineamientos, se puede decir que a nivel Constitucional se reconoce y se hace prevalecer a la naturaleza como un bien jurídico protegido de interés colectivo y público.
2. Si esta visión ecologista, innovadora que se observa en la Carta Fundamental ha de surtir efectos en la práctica, es importante que todas las normas se encuentran en armonía y coherencia. Sin embargo, los delitos que constan en el Capítulo X-A del Código Penal, que protegen el medio ambiente, se vinculan a la visión arcaica, antropológica de la Constitución de 1998; en la que la naturaleza se protege por ser sustancial para la vida y la salud del hombre.
3. Estos tipos penales carecen de una buena redacción, ya que su sintaxis es confusa para el lector. Además infieren la existencia de una norma que admite la contaminación y explotación de los recursos, expresándose de la siguiente manera: “quien, fuera de los casos permitidos por la ley”, pero no hay una norma en todo el ordenamiento jurídico que lo permita. De hecho, en la Constitución se prohíbe explícitamente la introducción, comercialización, tenencia, fabricación de sustancias tóxicas o peligrosas en el ambiente. Que en definitiva, son las conductas tipificadas en el Art 347 A del Código Penal
4. Jurídicamente, estas normas penales ambientales son inconsistentes, porque confunden y mezclan los tipos de peligro revisados. Por ende, no se tiene claro si son fundamentalmente de peligro concreto o abstracto. Evidentemente, si esto resulta confuso para el jurista, resultará más confuso para el juez, aplicarlo al caso concreto.
5. Las penas que se contemplan en estas normas son irrisorias y mínimas. Por eso, el principal problema de estas leyes, es que no simbolizan una autentica

represalia para los sujetos activos, en consecuencia, la norma no está cumpliendo con su objetivo penal de erradicar conductas contrarias al ordenamiento jurídico.

6. Es necesario un fortalecimiento de estas leyes, no solo en cuanto a su redacción, sino también en cuanto a las penas, porque no es posible concebir que un daño irreversible en la naturaleza sea sancionado con 2 a 4 años que determina la norma penal. La sanción debe ser proporcional a la gravedad del daño producido en la naturaleza; solo así se puede decir que se estará protegiendo la naturaleza tal como lo determina la Carta Fundamental.

Finalmente, la hipótesis de éste trabajo ha sido comprobada por los siguientes aspectos:

Los tipos penales ambientales que se encuentran en el Código Penal, no muestran congruencia con la nueva visión de la naturaleza ni con los principios ambientales manifestados en la Constitución de la República vigente. Es necesaria su reforma para que exista armonía con las disposiciones de la Carta Fundamental.

Es necesario que las penas aumenten, porque en la actualidad no evitan que se produzcan estas conductas, ni están siendo cumplidas por los individuos. Sanciones que aumenten el número de años en prisión, más una suma considerable de dinero, puede provocar un mayor impacto en los infractores de estas leyes. Es imperante que la norma establezca una sanción proporcional al daño que se produce, sin perjuicio del derecho de restauración integral que determina la Constitución.

El Derecho Penal debe ser visto como la herramienta más adecuada para sancionar los ataques a este singular bien jurídico, ya que éste al tener derechos otorgados la Carta Fundamental debe ser protegido; no tanto en función de la perturbación que puede causar a otros valores como la vida humana, la salud pública o individual, la propiedad, que son bienes que tradicionalmente resguarda el Derecho Penal. El medio ambiente es un bien jurídico mismo, con entidad propia, lo cual exige una cuidadosa delimitación del ámbito de protección.

En resumen, para evitar la destrucción del ambiente, es necesario un cambio de valores para moderar las ambiciones económicas que se traducen en males ecológicos. Se debe encontrar un equilibrio material donde el desarrollo tecnológico sea una respuesta a las necesidades sociales reales más que a las demandas creadas artificialmente. La explotación del medio ambiente puede producir beneficios a corto plazo a determinados grupos, pero ello tiene efectos negativos sobre la mayoría de la población presente y sobre las generaciones futuras.

BIBLIOGRAFÍA:

Aboso Gustavo Eduardo y Abraldes Sandro Fabio, *Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal*, Buenos Aires: IB de F, 2000.

Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: EDI-LEGALES, Segunda Edición.

Andrade Castillo, Xavier. *Delitos de Peligro y Omisión, apuntes de clase*. Universidad San Francisco de Quito, 08 de Junio de 2010, Verano 2009- 2010.

Arburola Valverde, Allan. *Imputabilidad Penal*. 18 de noviembre del 2008. 01 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.mailxmail.com/curso-culpa/imputabilidad-penal>.

Ávila Ramiro Et. Al. *Los Derechos en el Proyecto de Constitución*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2008.

Baigún David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Buenos Aires- Montevideo: Editorial IB de F, 2007.

Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Barcelona: Altaya, 1994.

Buompadre, Jorge Eduardo y L. A. Rivas. “La protección Penal del Medio Ambiente”. En: *Derecho Penal Económico*. Dir: Fabián I. Balcarde, Córdoba: Editorial Mediterránea.

Brunet, Nicolás, Et. Al. *Límite al poder punitivo*. Uruguay: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2007.

Bustos Ramírez, Juan. *La Imputabilidad Penal y la Edad Penal*. Disponible en: http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf. Visitado el 01 de Septiembre de 2011.

Campos, Alberto. *Derecho Penal. Libro de estudio de la parte general*, Buenos Aires: ABELEDO- PERROT, 1999.

Carmona Lara, María del Carmen. *Aspectos Ecológicos y Ambientales de la Declaración Americana de los Derechos de los pueblos indígenas: una mirada jurídica*. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/1/7.pdf>. Visitado el 19 de Septiembre de 2011.

Crespo Plaza, Ricardo. *La Responsabilidad Objetiva por Daños Ambientales y la Inversión de la Carga de la Prueba en la Nueva Constitución*. Disponible en: www.flacsoandes.org/web/.../1225820188.Articulo_Ricardo_Crespo.doc. Visitado el 19 de Septiembre de 2011.

Crespo Plaza, Ricardo. *La política del medio ambiente y el Derecho Penal Ambiental en el Ecuador*.

Creus Carlos. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: EDI- Astrea, 2004.

Corigliano, Mario Eduardo. *Delitos de Peligro. Hacia una Definición Político-Criminal y Sistemática. la Frontera de lo Punible en el Derecho Penal*. Disponible en: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num18/Art.18_PDF/187Delitos%20de%20Peligro.%20Trabajo.pdf. Visitado el 27 de Julio de 2011.

Cullinan, Cormac. *¿Tiene la naturaleza derechos? La transformación de las organizaciones de base para proteger a las personas y al planeta*.

Real Academia de la Lengua Española. *Definición de Naturaleza*. 18 de Agosto del 2011. Disponible en: <http://definicion.de/naturaleza/>.

De la Cuesta Aguado, Paz M. “Tipificación del riesgo y delitos de peligro”. En: *Revista de Derecho Penal*. (2007).

Derecho Penal Ambiental. Disponible en: <http://www.slideshare.net/alrojasp/derecho-penal-ambiental-venezuela>. Visitado el 07 de Julio de 2011.

Donna, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2005.

Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del delito de la pena, tomo II: Imputación delictiva*, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996.

Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del delito de la pena, tomo I: Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996.

United Nations Environment Programme. *El decenio de los sesenta: la creación del ambientalismo*. Disponible en: <http://www.unep.org/geo/geo3/spanish/045.htm>. Visitado el 19 de septiembre de 2011.

Enciclopedia Jurídica. *Omisión*. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/omision/omision.htm>. Visitado el 16 de agosto de 2011.

Echeverría Hugo. *Manual de aplicación del Derecho Penal Ambiental como Instrumento de Protección de las Áreas Naturales en Galápagos*. Quito: ProJusticia, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.

Echeverría, Hugo. *Infracciones Ambientales Derecho Penal y Protección Ambiental*. Rede Latino-Americana de Ministerio Público Ambiental. Disponible en: <http://www.mpambiental.org/?acao=doutrinas-pop&cod=103>. Visitado el 09 de agosto de 2011.

Conabio. *Enfoque Ecosistémico*. 17 de Agosto de 2011. Disponible en: http://www.conabio.gob.mx/institucion/cooperacion_internacional/doctos/enfoq_eco.html.

Escobar Rozas, Freddy. *El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Enero, 1998. Disponible en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=freddy_escobar&sei-redir=1#search=%22teorias%20de%20los%20derechos%20subjetivos%22. Visitado el 18 de agosto de 2011.

Feijoo Sánchez, Bernardo. “Seguridad Colectiva y Peligro Abstracto”. En: *Revista de Derecho Penal*. (2007).

Fernández Biterlich, Pedro. *Manual de Derecho Ambiental Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2da Edición, 2004.

Fernández de Córdoba, Pedro. *Estudios de Derecho Comparado*. Cuenca: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.

Fierro, Guillermo. *Causalidad e imputación*, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002.

García-Pablos, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 1995.

Gudín Rodríguez- Magariños, Fernando. “Protección Jurídica del Derecho Medioambiental: ¿Dónde situamos la barrera Jurídico- Punitiva?” En: *Revista de Derecho Penal*. (2007).

Herrera, Luís Eduardo. *El error en materia penal*, Buenos Aires- Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1991.

Jauchen, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Editorial Rubenzal- Culzoni 2006.

Larrea Andrade, Mario. *Derecho Ambiental Ecuatoriano*. Quito: EDI- LEGALES, 2008.

Laquis, Marco Antonio Et. Al. *Sobre la Teoría del Derecho Subjetivo*.

Libster, Mauricio, *Delitos Ecológicos*, Madrid: Depalma, 2000.

Organización de Estudios Ecologistas. *Los Derechos de la Naturaleza. Nueva Arma de Lucha Frente a las Actividades Petroleras en los Países Amazónicos*. Quito: Articulación por un movimiento de afectados por la industria petrolera en países

amazónicos. 2009. Disponible en: www.estudiosecologistas.org. Visitado el 8 de Septiembre de 2011.

Martín Mateo, Ramón. *Manual de derecho ambiental*. Madrid: 1998.

Centro de Información de las Naciones Unidas. México, Cuba y República Dominicana. *Medio Ambiente*. 18 de agosto del 2011. Disponible en: http://www.cinu.org.mx/ninos/html/onu_n5.htm.

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Euros, 1998.

Morán Herrera, Fernando. *Delitos y Contravenciones Penales Ambientales*.

Mosset Iturraspe, Jorge. Et. Al. *Daño Ambiental, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Perello Domenech, Isabel. *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. Disponible en: dialnet.unirioja.es. Visitado el 07 de Septiembre de 2011.

Righi, Esteban. *La imputación subjetiva*, Buenos Aires: AD-HOC, 2002.

Rodríguez Manzanera. *Evaluación de Peligrosidad y Reincidencia*, Disponible en: <http://www.psicjurid.com.mx/content/file/RESUMEN%20PELIGROSIDAD.pdf> Visitado el 09 de Julio de 2011.

Rodríguez, Montañés Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Buenos Aires: Editorial Rubenzal-Culzoni, 2004.

Rojas, Al. *Derecho Penal Ambiental*. Disponible en: <http://www.slideshare.net/alrojas/derecho-penal-ambiental-venezuela>. Visitado el 07 de Julio de 2011.

Rojas, Ivonne. “La Proporcionalidad en las penas”. En: *Revista El Mundo del Abogado*. (2008).

Rubio Fernández, Eva. *Cooperación Internacional y perspectivas integradas en el marco legal de acción frente al cambio climático*. Madrid: 2009.

Soto Lamadrid, Ángel. *Lesiones que ponen en peligro la vida. Dolo, culpa y preterintención en homicidios y lesiones. Coparticipación y delitos emergentes. Sistemas punitivos. Valoración jurídica de los dictámenes medicolegales.* Buenos Aires: Astrea, 2008.

Stone, Christopher. *Should trees have Standing? - Toward Legal Rights for Natural Objects.* 1972.

Terradillos Basoco, Juan. “El ilícito ecológico, sanción penal- sanción administrativa”. En: *El delito Ecológico.* (2007).

Tortosa, Juan Manuel. *SUMAK KAWSAY, SUMA QAMAÑA, BUEN VIVIR.* Alicante: Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz, Universidad de Alicante, 08 de agosto del 2011. Disponible en: <http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/nombrespropios/Documents/NPTortosa0908.pdf>. Visitado el 22 de Agosto de 2011.

PLEXO NORMATIVO:

Biodiversidad Mexicana. *Hitos Ambientales. Conferencia de Estocolmo.* Disponible en: <http://www.biodiversidad.gob.mx/planeta/hitosamb.html>. Visitado el 19 de Septiembre de 2011.

Constitución 2008: Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008.

Ley de Gestión Ambiental: Registro Oficial # 418 del 10 de Septiembre de 2004.

Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundario: Decreto Ejecutivo No. 3516. Suplemento del Registro Oficial No. 2 del 31 de Marzo de 2003.

Código Penal: Registro Oficial Suplemento # 147 del 22 de Enero de 1971.

Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, publicado en el Registro Oficial No. 206 del 07 de junio de 1999.

Ley Forestal y de Conservación de Áreas y Vida Silvestre Suplemento del Registro Oficial No. 418, del 10 de Septiembre de 2004.

Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Art. 4, Publicado en el Diario Oficial el 5 de Febrero de 1917.

Ley n° 9.605, promulgada 12 de Febrero de 1998 en Brasil.

Ley Penal Ambiental, promulgada el 3 de enero de 1992 en Caracas, Venezuela.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Carta Mundial de la Naturaleza General de las Naciones Unidas de 1982*. Disponible en: <http://www.pnuma.org/docamb/cn1982.php>. Visitado el 19 de Septiembre de 2011.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Declaración de Cocoyoc, México 1974*. 19 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.pnuma.org/docamb/cn1982.php>.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. 19 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html>.

Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, CITES. 20 de Julio de 2011. Disponible en: <http://www.cites.org/>

JURISPRUDENCIAS:

Segunda Sala de la Corte Constitucional. Resolución No. 839, del Suplemento del Registro Oficial 127 del 15 de junio del 2009. Suspensión de las actividades mineras. José Parrales Cedeño v. Municipio del Cantón Naranjito.

Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Expediente 137, del Registro Oficial 420 del 8 de septiembre del 2008. No. 137-2007. Protección de animales silvestres. Fiscalía del Distrito de Cotopaxi v. Carlos Estuardo Vásquez.

Primera Sala de la Corte Constitucional. Resolución No. 567, del Suplemento del Registro Oficial 23 del 8 de Diciembre del 2009. Acción por contaminación del agua, aire y suelo. Comuna Tsáchila Peripa v. Juan Rivadeneira en Representación de la Empresa PRONACA.

Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha, el 04 de Diciembre de 2007. Sobre la tala indiscriminada de árboles en un bosque protegido “Mashpi” en la Parroquia de Pacto.

ANEXOS

Proyecto de reforma de los artículos 437A al 437K

Norma vigente	Norma propuesta	Justificación
<p>Art. 437-A.- Quien, fuera de los casos permitidos por la ley, produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga en posesión, o use desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas, u otras similares que por sus características constituyan peligro para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años. Igual pena se aplicará a quien produzca, tenga en posesión, comercialicen introduzca armas químicas o biológicas.</p>	<p>Art. 1.- Sustitúyase el Art. 437-A por el siguiente: Art. 437-A: Quien posea o introduzca desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas, armas químicas o biológicas, u otras similares que por sus características constituyan un peligro para la salud humana o degraden o contaminen el medio ambiente, fuera de los límites permitidos por ley, será sancionado con prisión de seis meses a dos años, si el daño pudiere ser remediado integralmente y multa de una remuneración básica unificada; y, de tres a seis años, si el daño tuviere carácter irreversible; y multa de tres remuneraciones mensuales básicas unificadas.</p>	<p>Dentro de la órbita penal, este artículo muestra ser un delito de peligro abstracto, porque aún no se ha ocasionado ningún resultado, pero el daño si podría llegar a darse. En adición a esto, el tipo penal es muy abierto ya que tiene muchas acciones nucleares (produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga el posesión), bastaría con que diga "el que tenga en posesión sustancias..." porque una norma con tantos verbos no refleja su propósito, sino que confunde al lector. Cabe añadir que la pena establecida para este tipo de delitos es muy baja (dos a cuatro años), porque esta no representan una autentica sanción si se toma en cuenta que, el daño que se ocasiona a la naturaleza y a la salud de las personas puede repercutir en generaciones posteriores.</p>
<p>Art. 437-B.- El que infringiere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiere causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido.</p>	<p>Art. 2.- Reemplácese el Art. 437-B por el siguiente: Art. 437-B: Quien infringiere las normas sobre protección del ambiente al verter residuos de cualquier naturaleza que pudieren causar daño, perjuicio o alteración a la flora, a la fauna, al potencial genético, a los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de seis meses a dos años y con multa de una remuneración mensual básica unificada, siempre que perjuicio no fuere permanente; y de tres a seis años, si el daño o alteración tuviere carácter permanente e irreversible, en cuyo caso la multa incrementará hasta en tres remuneraciones básicas unificadas. Estas penas serán aplicables siempre y cuando el hecho no constituya un delito sancionado con una pena mayor.</p>	<p>En lo principal en esta norma legal, fusiona el peligro y la lesión cuando menciona "si tal acción causare o pudiere causar perjuicio" porque los delitos de peligro no buscan sancionar un resultado sino la simple puesta en riesgo de un bien jurídico, en cambio en los de lesión ya existe un resultado que deberá ser sancionado. Por tanto la pena, de uno a tres años, es mínima en relación a la expresa trasgresión a los límites de contaminación que determinan las normas ambientales.</p>
<p>Art. 437-C.- La pena será de tres a cinco años de prisión, cuando: a) Los actos previstos en el artículo anterior ocasionen daños a la salud de las personas o a sus bienes; b) El perjuicio o alteración ocasionados tengan carácter irreversible; c) El acto sea parte de actividades desarrolladas clandestinamente por su autor; o, d) Los actos contaminantes afecten gravemente recursos naturales necesarios para la actividad económica.</p>	<p>Art. 3.- Sustitúyase el Art. 437-C por el siguiente: Art. 437-C: Será sancionado de... De prisión el que infringiere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza cuando: b) El perjuicio o alteración ocasionados tengan carácter irreversible; c) El acto sea parte de actividades desarrolladas clandestinamente por su autor; o, d) Los actos contaminantes afecten gravemente recursos naturales necesarios para la actividad económica.</p>	<p>Este es un delito de lesión porque tiene un resultado que es de "ocasionar daños a la salud" y que se fusiona con un delito de peligro abstracto porque no se ha producido todavía un daño, sin embargo existe la posibilidad de que se ocasione una "alteración con carácter irreversible".</p>

Proyecto de reforma de los artículos 437A al 437K

Norma vigente	Norma propuesta	Justificación
<p>Art. 437-D.- Si a consecuencia de la actividad contaminante se produce la muerte de una persona, se aplicará la pena prevista para el homicidio inintencional, si el hecho no constituye un delito más grave. En caso de que a consecuencia de la actividad contaminante se produzcan lesiones, impondrá las penas previstas en los artículos 463 a 467 del Código Penal.</p>	<p>Art.4.- Elimínese el Art. 437-D</p>	<p>Este es otro delito de peligro abstracto en el que se advierte la posibilidad del resultado muerte como consecuencia de la actividad contaminante. Cuya sanción sería de tres meses aplicando la norma del homicidio inintencional. En este contexto se desnaturaliza totalmente a lo delitos de peligro haciéndolos culposos, además el mensaje implícito para los infractores es el de que si como resultado de esa actividad contaminante se produce la muerte de algunas personas, no importa, porque el tipo penal prevé una sanción inferior (3 meses a 2 años) a la que se establece en el Art. 437 A (2 a 4 años). Este resulta ser el tipo penal más incoherente de todos los que se enuncia en el capítulo X-A porque no puede ser que el bien jurídico protegido vida tenga menor importancia que la naturaleza. A mi parecer fue precisamente eso lo que obvió el legislador cuando puso la sanción a este tipo penal, resulta absurdo pensar que la muerte de una persona tenga menor sanción que el contaminar la naturaleza. Si es la vida la que se encuentra protegida no solo en la Constitución sino en los diferentes tratados y convenciones de derechos humanos.</p>
<p>Art. 437-E.- Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley;</p>		<p>Este tipo penal prevé la sanción de uno a tres años para aquellos funcionarios o empleados públicos que autoricen que se contamine fuera de los límites establecidos en las leyes. Este delito esta en relación a la responsabilidad penal que tienen los funcionarios públicos dentro del desempeño de sus funciones.</p>

Proyecto de reforma de los artículos 437A al 437K

Norma vigente	Norma propuesta	Justificación
<p>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: 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.</p>	<p>Art. 5. - Sustitúyase el Art. 437-F por el siguiente: Art. 437-F: El que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice especies de flora o fauna legalmente protegidas, será reprimido con una pena de seis meses a dos años; con multa de una remuneración básica unificada, cuando el hecho se realice en período de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies; y, de tres a seis años y multa de hasta tres remuneraciones mensuales básicas unificadas, cuando el hecho se cometa contra especies en peligro de extinción. Constituirá una agravante el hecho que se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas. Iguales penas se aplicarán a la extracción de especies acuáticas, protegidas en épocas, cantidades o zonas vedadas, que impliquen el uso de procedimientos de pesca o caza expresamente prohibidos.</p>	<p>Hugo Echeverría explica que estos delitos son “de atentado contra la vida silvestre y de daños a ecosistemas protegidos. Estos delitos están caracterizados por la realización de actividades no autorizadas de caza, captura, recolección, extracción o comercialización de especies de flora y fauna silvestre.” Por otro lado la pena se agrava cuando el delito se cometa en periodo de reproducción de especies o producción de semillas, en contra de especies en peligro de extinción o mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radioactivas.</p> <p>Cabe mencionar que el delito de atentado estipulado en este artículo, abarca a todas las especies silvestres que están protegidas por ley. Pese a la existencia de normativa ambiental en nuestro país (Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre), existe una verdadera comercialización de fauna silvestre, sin control estatal verídico. Esto se evidencia a través de los casos resueltos por los jueces, que desde hace más de una década existe solo uno ventilado en sede judicial penal.</p>
<p>Art. 437-G.- El que extraiga especies de flora o fauna acuáticas, protegidas, en épocas, cantidades o zonas vedadas, o utilice procedimientos de pesca o caza prohibidos, será reprimido con prisión de uno a tres años.</p>	<p>Art. 6.- Elimínese el Art. 437- G</p>	<p>Para ambos artículos la pena debe ser aumentada, porque el tráfico, la caza, la captura de algunas especies ha ocasionado que muchas de ellas se encuentren en extinción y probablemente muchas de ella sean imposibles de recuperar. En lugares como las islas Galápagos, el endurecimiento de las leyes ambientales y penales, ha permitido que las especies estén protegidas de la caza y captura.</p>
<p>Art. 437-H.- El que destruya, queme, dañe o tale, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que estén legalmente protegidas, será reprimido con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave. La pena será de prisión de dos o cuatro años cuando: a) Del delito resulte la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático; o, b) El delito se cometa en lugares donde existan vertientes que abastezcan de agua a un centro poblado o sistema de irrigación.</p>	<p>Art. 7. - Sustitúyase el Art. 437-H por el siguiente: Art. 437-H: El que destruya, queme, dañe o tale, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas legalmente protegidas será sancionado con prisión de tres a seis años de prisión; con multa de hasta tres remuneraciones básicas unificadas, si el delito es cometido en lugares donde existan vertientes que abastezcan de agua a un centro poblado o sistema de irrigación; Será un agravante, si como resultado del delito se produce la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático.</p>	<p>Este constituye otro delito de peligro, porque se refiere a la posibilidad de quemar, dañar, talar bosques, formaciones vegetales que estén protegidas por las diferentes leyes, se sanciona de 1 a 3 años. Por lo tanto, no existe un resultado todavía, pero puede llegar haber una afectación a la naturaleza. Al respecto Hugo Echeverría dice, que se trata de “la destrucción, quema, daños, tala, o uso ilegal de ecosistemas protegidos.”</p> <p>La pena en estos casos sí debería ser aumentada, porque las personas piro maniáticas abusan del fuego para quemar los bosques, así como también hay compañías que se dediquen a la tala indiscriminada de árboles sin importarles las repercusiones que hayan en los diferentes ecosistemas.</p>

Proyecto de reforma de los artículos 437A al 437K

Norma vigente	Norma propuesta	Justificación
<p>Art. 437-I.- Será sancionado con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituye un hecho más grave, el que sin autorización o sin sujetarse a los procedimientos previstos en las normas aplicables, destine las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo, a convertirse en áreas de expansión urbana, o de extracción o elaboración de materiales de construcción.</p>	<p>Art. 8.- Sustitúyase el Art. 437-I por el siguiente: Art. 437-I: Será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de una remuneración básica unificada, si el hecho no constituye un hecho más grave, el que sin autorización o sin sujetarse a los procedimientos previstos en las normas aplicables, destine las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo, a convertirse en áreas de expansión urbana, o de extracción o elaboración de materiales de construcción.</p>	<p>En este caso, se sanciona a los sujetos activos que destinen tierras reservadas de protección ecológica para convertirlas en áreas de expansión urbana, de extracción y elaboración de materiales de construcción. La pena se fundamenta en el hecho de desnaturalizar tierras que son protegidas estatalmente por su amplia biodiversidad. La sanción es de 1 a 3 años para los infractores.</p> <p>La pena en estos casos se podría decir que puede ser más flexible, porque habrá casos en los que sus infractores desconozcan la naturaleza de estas tierras, por lo mismo, sería improcedente aumentar la pena para quienes por error construyen en una zona protegida y de uso agrícola exclusivo.</p>
<p>Art. 437-J.- Se aplicará la misma pena prevista en el artículo anteriores, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se destine indebidamente las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a un uso distinto de que legalmente les corresponde; así como al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado.</p>	<p>Art.9.- Reemplácese el Art. 437-J por el siguiente: Art. 437-J: La servidora o servidor público que en ejercicio de sus competencias o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o emita informe u opinión para el destino indebido de tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a otro u otros usos distintos a los permitidos por la ley; será reprimido con prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio del derecho de repetición que tendrá a su favor el Estado.</p>	<p>Nuevamente este artículo habla sobre la sanción que recae sobre aquellos funcionarios o empleados públicos que permitan en contra de las leyes y tratados internacionales vigentes, el destino de tierras que son de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo, para darles un uso inadecuado a las mismas.</p>
<p>Art. 437-K.- El juez penal podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad competente en materia ambiental.</p>		<p>Finalmente este artículo le permite al juez el declarar y ordenar un medida cautelar de manera que se suspenda de manera inmediata la actividad que esté contaminando por fuera de los límites establecidos, que contenga desechos nocivos para la salud de las personas, que constituya un grave riesgo para los ecosistemas o que pueda producir una destrucción permanente de la naturaleza.</p>