

**UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

FUNDACION ERDELY

**Instituto Europeo de Investigación, Desarrollo, e Innovación en
Ciencias Ambientales
(España)**

**TESINA DE GRADO PREVIO A LA OBTENCION DEL
TITULO DE ESPECIALIDAD SUPERIOR EN DERECHO
AMBIENTAL**

**TEMA: DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE
COMETIDOS POR AUTORIDADES, FUNCIONARIOS
PUBLICOS Y SERVIDORES DE ELECCION POPULAR**

**AUTORES: DR. FRANCISCO HERNANDEZ TRUJILLO
DR. DARWIN ROBLES MONCAYO**

DIRECTOR: DR. HUGO ECHEVERRIA

CENTRO REGIONAL QUITO

LOJA 2009

DECLARACION DE AUTORIA

“Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de los autores”

Nombres de los autores

Firma

Dr. Francisco Hernández Trujillo

.....

Dr. Darwin Robles Moncayo

.....

CESIÓN DE DERECHOS DE TESIS

“Nosotros Francisco Hernández Trujillo y Darwin Robles Moncayo, declaramos, conocemos y aceptamos la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero académico o institucional (operativo) de la Universidad”

Nombres de los autores

Firma

Dr. Francisco Hernández Trujillo

.....

Dr. Darwin Robles Moncayo

.....

AUTORIZACION DEL DIRECTOR

Dr.: Hugo Echeverría

DOCENTE – DIRECTOR DE LA TESINA

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación, realizado por los estudiantes señores: Francisco Hernández Trujillo y Darwin Robles Moncayo ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja, 19 de mayo del 2009

.....,

Dr. Hugo Echeverría

Director de Tesina

AGRADECIMIENTO

Nuestro ferviente agradecimiento al Todopoderoso por la vida y la salud instrumentos importantes en nuestra superación personal, a la Universidad Técnica Particular de Loja, por la oportunidad de crecer intelectual y profesionalmente, y a la Institución Policial a la que orgullosamente pertenecemos por brindarnos la oportunidad de servir a nuestra sociedad, ahora desde un punto de vista mas profesional y técnico dentro del contexto ambiental.

LOS AUTORES.

DEDICATORIA

Este triunfo va dedicado para nuestras madres base fundamental en nuestra existencia por su dedicación y amor fraterno, así como para nuestras esposas e hijos quienes día a día con su cariño y comprensión fomentan nuestro desarrollo personal, intelectual, profesional y espiritual.

LOS AUTORES

DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y SERVIDORES DE ELECCIÓN POPULAR

ESTRUCTURA GENERAL DEL CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

MARCO TEÓRICO Y PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE TRABAJO

Capítulo 1: “DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE”

- 1.1. Concepto de delito
- 1.2. Concepto de delito ambiental
- 1.3. Naturaleza jurídica
- 1.4. Breve Reseña de la Historia Universal de esta clase de delitos.-
- 1.5. Normas internacionales relacionadas con este ilícito
- 1.6. La Constitución Ecuatoriana (2008) y el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación y la eficacia de este derecho humano frente al actuar administrativo.
- 1.7. Bien jurídico protegido en esta clase de delitos

Capítulo 2: “FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y SERVIDORES DE ELECCIÓN POPULAR EN EL ECUADOR Y EN EL DERECHO COMPARADO”

- 2.1. Concepto y responsabilidad del funcionario público en el derecho comparado
- 2.2. Concepto y responsabilidad del servidor público de elección popular en el derecho comparado
- 2.3. Concepto y responsabilidad del funcionario público en el derecho nacional:
 - 2.3.1. ¿Qué se entiende por funcionario público en la Constitución del 2008?
 - 2.3.2. ¿Qué se entiende por funcionario público en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa?

- 2.3.3. Responsabilidad penal del funcionario público de conformidad a los Arts. 437 E y 437 J del Código Penal
 - 2.3.4. Responsabilidad civil y administrativa del funcionario público de conformidad a la Ley de Gestión Ambiental y otras disposiciones legales.
- 2.4. Concepto y responsabilidad de los servidores públicos de elección popular en el derecho nacional relacionado con los delitos ambientales

Capítulo 3: DE LAS ACCIONES AMBIENTALES

- 3.1. Acciones constitucionales
- 3.2. Acciones penales
- 3.3. Acciones civiles
- 3.4. Acciones administrativas

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

INTRODUCCIÓN

Sea cual sea la noción que se tenga de “estado de derecho” puede apreciarse que en materia ambiental, esta concepción jurídica no tiene una aplicación satisfactoria. En efecto, según afirma el jurista paraguayo Dr. Ubaldo Centurión Morínico: **“Todo Estado comporta un orden jurídico. Pero cuando ese orden se somete a principios de justicia, hallamos el verdadero Estado de Derecho”**.¹

En base al concepto anterior y analizando las normas constitucionales y legales acerca del medio ambiente y su protección, vemos que el Ecuador, siendo uno de los países con más biodiversidad en el planeta, no da cabal cumplimiento a su normativa, siendo el Estado y sus concesionarias petroleras, el mayor depredador y causante de devastación, e incluso muerte de seres humanos, como ha ocurrido en la Amazonía, concurriendo con ello políticas erráticas y funcionarios públicos y servidores de elección popular que privilegiando el interés privado por sobre el interés público que juraron desempeñar, han hecho tabla rasa del “derecho a vivir en un ambiente sano” establecido en las diversas cartas fundamentales de 1979, 1998 y del 2008.

La idea fundamental de invocar el “Estado de Derecho”, radica en que el derecho a vivir en un ambiente sano se ha desarrollado, principalmente, en los aspectos referentes a la producción normativa dirigida a la protección del ambiente y al establecimiento de esquemas institucionales de gestión ambiental, imperando más la retórica que la eficiencia normativa, puesto que si bien son pródigas las normas que establecen “derechos ciudadanos al ambiente sano”, igualmente son gigantescas las carencias de mecanismos institucionales que aseguren la vigencia del derecho ciudadano al ambiente, lo cual se agrava más aún, cuando un Estado que debe velar por este derecho humano, cuenta con funcionarios públicos y servidores de elección popular, como se expresó anteriormente, que cometen delitos ambientales, mediante acciones u omisiones que violan los derechos de toda la ciudadanía, a lo que se añade autorización a concesionarias petroleras, por ejemplo, que actuando a vista y paciencia del Estado causan muerte y desolación.

En concordancia con lo anterior, la concepción del Estado de Derecho, según el penalista argentino Dr. Rogelio Moreno Rodríguez **“importa la autolimitación del Estado. Es aquel donde impera la ley, y el ordenamiento jurídico. La existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, con la vigencia real o segura del derecho en el seno de una comunidad...**

¹ **CENTURIÓN MORÍNICO, Ubaldo:** “El Estado de Derecho. los desafíos del mundo de hoy”. *Disertación del autor incorporarse como miembro correspondiente en Paraguay, a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en sesión privada del 23 de octubre de 2002*

- y citando al connotado jurista italiano Dr. Norberto Bobbio, nos dice – **que el Estado de Derecho es el gobierno sometido las leyes, y el ejercerlo mediante leyes generales y abstractas. Y con referencia al Derecho Penal «es el poder legislativo de definir los delitos, y el poder judicial de descubrirlos y castigarlos»...**²

Sin perjuicio que se acuerdo al Art. 1 de la Constitución del 2008 **“el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”** (sic), la noción de Estado de Derecho se contempla en el numeral 1 del Art. 3 ibídem, cuando establece como deber primordial del Estado: **“Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”**, garantía cuyo texto se reitera en los incisos 1, 2 y 3 del numeral 9 del Art. 11 de la Carta Fundamental, que establecen:

Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

9. *El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.*

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

En relación al “derecho a vivir en un ambiente sano”, el **Art. 14 de la Constitución del 2008**, 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»**, declarando de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Sin embargo, muchas son las leyes de incidencia ambiental que no se cumplen o que han sido dictadas sin que sus cuerpos legales solucionen el problema que provoca su expedición; es lo que se ha dado en llamar el fenómeno de la eficacia y eficiencia de la norma ambiental, terminología que puede ser válida para leyes de cualquier tipo, pero que en la materia que nos preocupa tiene una dimensión especial por la trascendencia social que tiene la norma ambiental .

² **MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio:** *Diccionario de Ciencias Penales*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág. 209

Una norma es eficaz cuando las respuestas conductuales reclamadas por su contenido preceptivo han sido las apropiadas para encarar la situación que motivó, precisamente, su imposición. Por otra parte, se habla de eficacia cuando la norma cumple con la finalidad para la cual fue dictada, y de eficiencia cuando ella es acatada por la sociedad, alude al grado de obediencia efectivo, espontáneo o provocado, del deber ser impuesto por la norma vigente.

El derecho a vivir en un ambiente sano, en materia penal, tiene como sustento legal el Capítulo X-A de nuestro Código Penal - que trata de los Delitos Ambientales – pero la infracción de dichas normas hacen que este marco jurídico carezca de la eficacia necesaria, implicando que el Estado sea inconsecuente con su deber primordial de garantizar **“sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”** como expresa el numeral 1º del Art. de la Carta Fundamental del 2008.

Fuera de este conjunto de normas relacionadas con los delitos ambientales, no existe en el país una conciencia nacional que vele por estos derechos, prevaleciendo siempre los intereses de los particulares por sobre los intereses de la nación, circunstancia que precisa de un control estricto de la aplicación de la ley, pero, además, de la creación y modificación de una serie de normas que ayuden con una efectiva campaña de educación en contra de este flagelo.

Puede sostenerse, con absoluta certeza, que nuestras normas ambientales tienen, en varios aspectos, un carácter retórico, como ocurrió y ha ocurrido hasta ahora, con la Disposición. Primera Transitoria de la Ley 99-37 de Gestión Ambiental del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N° 245 de 30-VII-99, que dispone: **“El Ministerio a cargo del área de educación procederá a revisar y reformar, en el plazo de dos años a partir de la promulgación de esta Ley los programas de estudio a fin de incorporar elementos de educación ambiental”**, aconteciendo que el referido plazo de dos años para incorporar las cátedra ambientales en toda clase de programa de estudios venció nada menos que el año 2001, y nada se ha hecho al respecto.

Vemos que nuestro derecho ambiental nacional y las disciplinas ecológicas, en general, continúan en la más absoluta marginalidad académica y que se ve reflejada en el hecho de que -a pesar de la destacada labor que han venido ejerciendo los profesores de derecho ambiental- la materia aún refleja escasa relevancia dentro de los planes de estudio de la Facultades de Jurisprudencia o Escuelas de Ciencias Jurídicas nuestras universidades, el hecho de que el Derecho Ambiental sea una materia electiva en los veranos o de un solo semestre tiene una incidencia directa sobre los estudiantes, futuros abogados y jueces.

Otro motivo de preocupación es el hecho de que el surgimiento de una cultura legal ambiental en nuestro país se ve obstaculizado por la falta de recursos a lo interno del aparato estatal y el *statu*

quo constitucional en materia ambiental. A manera de ejemplo, analicemos la falta de recursos en el contexto del Capítulo XA de nuestro Código Penal. Es bien sabido que existe un segmento dentro de la comunidad ambientalista ecuatoriana que cree firmemente en que el aumento de las penas es el mecanismo más efectivo en la lucha contra la degradación ambiental. En su afán, pierde de vista que la falta de recursos económicos del Ministerio Público de por sí compromete el cumplimiento de las normas penales ambientales, su eficacia y eficiencia. Aunque la vocación ambientalista y la condición física del agente fiscal sean aceptables, una Fiscalía Ambiental sin una infraestructura que le permita trasladarse hacia diversos rincones del país, adquirir equipos (automóviles, botas, cascos y mascarillas, entre otros) y contar con personal y peritos especializados a su disposición no tendrá absolutamente nada que hacer a la hora de investigar los delitos contra el ambiente.

Pero centrándonos en el Ministerio Público, hoy denominado “Fiscalía”, de acuerdo al Art. Cuatro transitorio de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el R.O. N° 555 de 24 de marzo del 2009, para investigar los delitos ecológicos, como sostiene el eximio jurista argentino Dr. Antonio Elio Brailovsky: ***“Se necesita de un área específica para la investigación de los delitos ambientales. El tema de la seguridad ambiental (...) tiene varias facetas o escalas de trabajo, que deberían tenerse en cuenta de un modo integrado: 1. La investigación de los delitos ecológicos y 2. La represión de los delitos ecológicos (...) En realidad, la mayor parte de las denuncias sobre este tipo de delitos son formuladas por organizaciones no gubernamentales, que carecen de los medios técnicos y competencias para llevar adelante las investigaciones necesarias sobre el tema (...) En nuestra opinión, se necesita de un área específica para la investigación de los delitos ambientales. Por supuesto que las distintas fiscalías toman a menudo temas ambientales, pero lo hacen de buena voluntad, sin la formación profesional necesaria para hacerlo. Esto aumenta mucho las posibilidades de error en un tema muy específico desde lo técnico. Se establece así una cadena perversa en la cual la policía no actúa porque no recibe las instrucciones adecuadas, ya que quien tiene competencia para darlas no está en tema y quien conoce el tema no tiene las competencias necesarias para convocar a las fuerzas de seguridad (...) La creación de fiscalías ambientales es el primer paso en la introducción del tema ambiental en el sistema (...) de Justicia. Es el primero, pero no debería ser el último. Esto debería apuntar a la creación de tribunales específicamente ambientales, con competencias, conocimientos técnicos y equipos periciales propios. Actualmente, ante un daño ambiental, los jueces no saben qué medidas ordenar a la policía, qué pericias pedir ni a quién pedir las ni de qué manera hacerlas. Con frecuencia, ni siquiera consideran importante atender al tema. Necesitamos Tribunales Ambientales que cuenten con un cuerpo de peritos propio conformado por técnicos especializados en estos temas. No existe en la actualidad un cuerpo de peritos ambientales registrado ante la Suprema Corte de Justicia a los cuales*”**

acudir cuando se necesita un informe válido para presentar en juicios ambientales....”³

A lo anterior se añade la lamentable la torpeza ortográfica existentes en la propia Ley de Gestión Ambiental, lo que, además de causar hilaridad deja en la impunidad a la conducta - que la Ley de Gestión Ambiental ordenó se incorporase a continuación del Art. 89 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y de Vida Silvestre, como artículo innumerado y que dispone:

“Art. ... Quien case, pesque o capture especies animales sin autorización o utilizando medios proscritos como explosivos, sustancias venenosas y otras prohibidas por normas especiales, con una multa equivalente a entre quinientos y mil salarios mínimos vitales generales. Se exceptúa de esta norma el uso de sistemas tradicionales para la pesca de subsistencia por parte de etnias y comunidades indias”.

La expresión “quien case” proviene del verbo “casar” que acorde al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa: ***“casar. (De casa). intr. Contraer matrimonio. U. m. c. prnl. || 2. Dicho de dos o más cosas: Corresponden, conformarse, cuadrar. || 3. tr. Dicho de un ministro de la Iglesia o de una autoridad civil competente: Autorizar el matrimonio de dos personas...”***⁴

Sin querer extendernos en el barbarismo que contiene la norma, este grave error ortográfico que no individualiza, debidamente, la conducta sancionada por la norma, fue objeto de análisis en su redacción de personeros del Ministerio del Ambiente, de congresistas, de profesionales de diversos tipos, quienes no repararon en el error. ¿Qué puede decirse de toda esa gama de funcionarios que ni siquiera saben emplear adecuadamente el idioma? ¿Acaso no son capaces de enmendar u observar el craso error ortográfico existente?, en cierto modo, esa negligencia normativa, también importa un actuar que debería generar responsabilidades, ya que al no definirse la infracción, deja en la impunidad a estas conductas ilícitas. Afortunadamente, la barbarie normativa, no causó mayores consecuencias en virtud del Art. 437F del Código Penal, que forma parte del Capítulo XA del Título V del Libro II de dicho cuerpo legal, que se introdujo al Código Penal en virtud de la Ley de Gestión Ambiental y que expresa:

Art. 437F (437.6).- [Protección de flora o fauna].- “El que cace, capture, recolecte....”

En el tema que nos ocupa, el ***“derecho a vivir en un ambiente sano”***, forma parte de nuestro ordenamiento constitucional desde la Constitución Política de 1979, continuándose con éste en la Carta de 1998 y también estableciéndose en la presente, como se pasará a señalar.

³ BRAILOSKY Antonio Elio: *Delitos Ecológicos y Seguridad Ambiental - Ecoportal.net* www.ecoportal.net/defensorecologico

⁴ ***DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: Microsoft® Encarta® 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.***

- a) **Constitución Política de 1979, Reformas del año 1983:** El Art. 19 N° 2 de dicha carta fundamental expresamente estableció:

«...el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La Ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para la protección del Medio Ambiente».

Según el Dr. Vladimir Serrano Pérez **“la contundencia de la citada garantía constitucional ha permitido a los organismos conservacionistas no gubernamentales acudir al Tribunal de Garantías Constitucionales en defensa de la Naturaleza y el Medio Ambiente (...)”**.⁵

Atendido que el texto constitucional es copia fiel del Art. 19 N° 8 de la Constitución de 1980 República de Chile, dicha norma marcó el inicio de la lucha jurídico ambiental en pro de la defensa del derecho a vivir en un ambiente sano, no complementándose nuestro texto constitucional como aconteció en la nación austral, que estableció el denominado “recurso de protección”.

Debe destacarse que el referido “recurso de protección” establecido en la constitución chilena, contemplado en el Art. 20 del texto constitucional, en forma categórica estableció la responsabilidad de la autoridad en materias ambientales, cosa que se contempló en el inciso 1° del Art. 20 de la Constitución Política Ecuatoriana que estableció: **«el Estado y más entidades del sector público estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irrogaren como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos»** y el Art. 39 inciso 3° ibídem, que claramente expresaba: **“Todo funcionario público, inclusive los representantes de elección popular, antes de tomar posesión de su cargo y al cesar en el mismo, deberán declarar juramentadamente el monto de sus bienes y rentas. La ley regulará el cumplimiento de esta obligación”**.

- b) **Constitución Política de 1998** ⁶

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

3.- *Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente.*

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

⁵ **SERRANO PÉREZ, Vladimir:** *Ecología y Derecho. Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales (FESO), Ed. Artes Gráficas Señal, Quito, Ecuador, 1988, pág. 260.*

⁶ **NOTA:** Se tratará in extenso en el capítulo correspondiente

6. *El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente.*

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios públicos y servidores de elección popular, la recientemente derogada Constitución de 1998 lo contemplaba en sus Arts. 20 y 120 que disponían:

Art. 20.- *Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.*

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.

Art. 120.- *No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.*

El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia

c) Constitución Política del 2008

Se contempla varias disposiciones, que se enunciarán, para ser tratadas en detalle en el capítulo correspondiente y que son, entre otras:

Art. 3.- *Son deberes primordiales del Estado:*

7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país.

Art. 14.- *Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay.*

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Art. 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.

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

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

Art. 229.- *Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. (inciso 1º)*

Art. 233.- *Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.*

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

En lo que se refiere al Art. 233, oportunamente se analizará si está tipificada la responsabilidad penal de los servidores públicos y las diversas clases que éstos revisten.

La problemática que enmarca esta investigación estriba en la gran incidencia que tiene, en el daño ambiental, la intervención dolosa o negligente de funcionarios públicos o servidores de elección popular, toda vez que si el propio Estado cuyo deber primordial, constitucionalmente consagrado, debe velar por el derecho humano a un ambiente sano, posee funcionarios públicos o servidores de elección popular que obran contra este derecho, obviamente que nos ciudadanos comunes veremos con impotencia cómo se degrada, lamentablemente, nuestro medio ambiente, sin que nadie haga nada.

Según la abogada ambientalista Dra. Judith Kimmerling: ***“Texaco extrajo cerca de 1,5 mil millones de barriles de crudo de la Amazonía en un periodo de 28 años. Perforó 339 pozos en un área que actualmente alcanza las 442.965 hectáreas y, deliberadamente, vertió toneladas de material tóxico y desechos de mantenimiento y más de 19 mil millones de galones de agua de producción en el medio ambiente, sin ningún tratamiento o monitoreo. Todavía están funcionando 235 pozos que actualmente son operados por Petroecuador.*”**

Según los informes, cada día vierten 5 millones de galones de aguas de producción al ambiente, así como también incontables desechos de mantenimiento y de otras actividades de producción. Los desechos del petróleo son aplicados a las carreteras para controlar el polvo y darles mantenimiento. Cada día se queman, como desecho decenas de millones de pies cúbicos de gas; devastando así un recurso natural y contaminando el aire...”.⁷

La pregunta de la investigación básica del proyecto ¿es adecuada la legislación penal nacional respecto de los funcionarios públicos y servidores de elección popular que con su actuar doloso o negligente desconocen el derecho a vivir en un ambiente⁴ sano?

Basado en lo expuesto, anteriormente, como preguntas complementarias y atendiendo a que nuestro propio Estado, por ejemplo, con su empresa PETROECUADOR habría sido el mayor causante de desolación y muerte, entonces, ¿puede considerarse estado de derecho al que viola sistemáticamente el derecho a vivir en un ambiente sano?. ¿Qué puede hacerse frente a un Estado que hace tal uso de los recursos naturales? ¿Quiénes son los responsables de todo este desastre? ¿Tienen responsabilidad penal quienes causaron muerte y desolación en la Amazonía amparados en políticas de un Estado que como deber primordial tiene el deber de respetar y hacer cumplir los derechos humanos?

A lo anterior se añade, gravemente:

- La falta de formación específica de jueces y fiscales, tanto sobre la comprensión técnica de los fenómenos ambientales, como sobre la compleja normativa administrativa que los regula. Y, muchas veces, la escasa capacidad o valentía para hacer frente a los poderosos intereses institucionales y/o empresariales que están detrás de buena parte de las agresiones al medio ambiente. Es más, ¿cómo actuar frente a PETROECUADOR, empresa estatal que constituiría el mayor contaminante del país?
- La falta de especialización por parte de nuestra Policía Judicial en esta clase de delitos a fin que se actúe con la agilidad que requiere su investigación y los medios técnicos suficientes para aportar las pruebas.

⁷ ***KIMMERLING, Judith:*** *La TEXACO en el Ecuador. Contenido en el Capítulo I de la obra de la Fundación “Acción Ecológica”, “El Ecuador Post Petrolero”. Esta es la versión html del archivo http://www.accionecologica.org/descargas/areas_/petroleo_/documentos/LIBRO.doc*

- La inexistencia actual de peritos judiciales especializados, que actúen como colaboradores imprescindibles de jueces y fiscales.

Todo lo anterior, lamentablemente, lleva a colegir, como sostiene el ambientalista Dr. Ricardo Carrere, Coordinador del Movimiento Mundial por los Bosques: ***“Que siendo el nuestro uno de los países con mayor biodiversidad del continente y del mundo. Puesto que, en materia de plantas cuenta con casi 25.000 especies diferentes, distribuidas en las distintas regiones del país y a nivel mundial, ocupa el tercer lugar en número de anfibios, el cuarto en aves, el cuarto en reptiles, el quinto en monos y el sexto en mamíferos (...) Que la Amazonía ecuatoriana ostenta el récord mundial en número de especies con flores halladas en una sola hectárea. En efecto, en Cuyabeno se encontraron en una hectárea, 400 árboles, 449 arbustos, 92 lianas, 175 epífitas, 96 hierbas y 22 palmas...”***⁸ la preocupación por la biodiversidad no está a la altura de los recursos naturales con que el país cuenta, siendo el propio Estado, con sus empresas, como acontece con PETROECUADOR y sus concesionarias, el mayor causante de muerte y desolación “en el ambiente sano que constituye un derecho humano fundamental para todos los ciudadanos”.

El objetivo general de la presente tesina es adaptar las normas penales a la nueva constitución, especialmente en lo relacionado con la responsabilidad penal de los servidores públicos de elección popular, esencialmente cuando toman decisiones que incurren en los delitos contemplados en los Arts. 437 – E y 437 – J del Código Penal, atendido el concepto de servidor público que se contiene en la Constitución del 2008, y. de igual manera hacer presente las falencias del texto constitucional respecto de las normas que sustentan el derecho a vivir en un ambiente sano.

En los objetivos específicos se analizará el concepto de delito; de delito ambiental; los conceptos, en el derecho nacional como comparado, de servidor público de elección popular y de funcionario público, así como de los delitos en que éstos pueden incurrir; de las falencias del procedimiento penal existente en esta materia y de las acciones tendiente a la protección del ambiente, particularmente en la nueva acción de protección y extraordinaria de protección contemplada en

⁸ **CARRERE, Ricardo:** Desde 1996 se desempeña como Coordinador Internacional del Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales, organización internacional que busca asegurar la protección de los bosques y los derechos de los pueblos que los habitan. A nivel nacional ,trabaja por la protección del monte indígena y contra el modelo insustentable de monocultivos forestales a gran escala en el ámbito propiciado desde el Estado a partir de la ley forestal de 1987. Es autor de numerosas publicaciones, tanto nacional como internacional. En lo referente a monte indígena, se destacan sus trabajos de investigación sobre el tema en el marco de una investigación más amplia sobre Desarrollo Forestal y Medio Ambiente en Uruguay, desarrollada en 1989-91 por el Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo, Uruguay (CIEDUR).

los Arts. 88 y 94 de la Constitución del 2008 y las principales falencias procesales actualmente existentes en materia de delitos ambientales.

MARCO TEÓRICO Y PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE TRABAJO

CAPÍTULO 1

“DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE”

1.1. CONCEPTO DE DELITO

Múltiples son las definiciones de delito, siendo importante la definición jusnaturalista del maestro italiano Francesco Carrara, porque delimita sabiamente los aspectos que comprende el delito, sin perjuicio de las críticas que pudiera merecer el concepto, cuando expresa que **«el delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso»**.⁹

Se advierte en la definición, según manifiesta el propio autor: **«que la idea general del delito es la violación de la ley, porque ningún acto suyo puede al hombre serle reprochado, si una ley no lo prohibía. Un acto se convierte en delito sólo cuando choca con la ley, puede un acto ser dañoso; puede ser malvado y dañoso, pero si la ley no lo prohíbe, no puede ser reprochado como delito a quien lo ejecuta. Pero siendo varias las leyes directivas del hombre, en esta idea general, el vicio (que es el abandono de la ley moral) y el pecado (que es el abandono de la ley divina, se confundirían con el delito...»**.¹⁰

En relación con la frase **«para proteger la seguridad»**, el penalista chileno Dr. Luis Cousiño Mac Iver, citando textualmente a Carrara, señala que el célebre penalista italiano nos dice: **«esto trae de última aclaración a la idea especial del delito: que se encuentra en la violación precisamente de la ley humana que está dirigida a proteger la seguridad pública y privada; no toda violación de la ley de la ciudad es delito; las leyes que proveen a los intereses patrimoniales pueden ser violadas (por ejemplo, con el incumplimiento de una obligación civil), pero no por eso su inobservancia es un delito ...la idea especial del delito está en la agresión a la seguridad, y no puede encontrarse más que en los hechos con los cuales se lesionan las leyes que la tutelan...»**¹¹

Conforme lo anterior, el solo pensamiento de cometer una acción no constituye delito alguno, ya

⁹ CARRARA, Francesco: Programa del Curso de Derecho Criminal (traducción de Sebastián Soler), Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1944, pág. 41.

¹⁰ *Ibidem* anterior, págs. 43 y siguientes.

¹¹ COUSIÑO MAC IVER, Luis: Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1975, págs. 246 y 247

que para la existencia de éste se requiere de una acción u omisión en el mundo físico. Desde luego, esa acción se traduce en un o en una omisión, que produzcan un resultado en el mundo físico que esté legalmente tipificada como ilícito en la ley penal.

Finalmente, advierte el profesor Luis Cousiño Mac Iver: “en cuanto a las expresiones **«resultantes de un acto externo del hombre»...«positivo o negativo»** y **«moralmente imputable»**, **ellas hacen expresa referencia al hecho y a la culpabilidad, o sea, a los elementos formales del concepto, y la frase «políticamente dañoso», nuevamente vuelve sobre el elemento real**”.¹²

Deliberadamente, como manifestamos anteriormente, utilizamos la definición clásica de Francesco Carrara, a fin de evitar dar mayores explicaciones acerca de la definición de **«infracción»** que se contiene en la primera parte del Art. 10 de nuestro Código Penal.

A fin de evitar mayores precisiones doctrinarias, válido es lo expuesto por el prestigioso penalista español Dr. Luis Jiménez de Asúa, quien expresa que **“los legisladores debían abstenerse de conceptualizar el término «delito» en los Códigos, pues las definiciones nada enseñan a los doctos y nada aclaran a los profanos**”.¹³

Sin embargo, es válido lo expuesto por el egregio penalista español cuando, con sabiduría y certeza, manifiesta que, todas las definiciones de los diversos códigos penales latinoamericanos conceptúan al término “delito”, conforme lo estableció el art. 1 del Código Penal Español de 1848 y que aún perdura en la legislación española, cuando dispone: **“Artículo 1. 1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración.** ”.¹⁴

“Esta fórmula – señala el Dr. Jiménez de Asúa - evidentemente tautológica, perdura en los Códigos de Chile (Art. 1º), Nicaragua (Art. 1º), El Salvador (Art. 1º), Honduras (Art. 7º) y Guatemala (Art. 11). Más escuetos, los Códigos de México (Art. 7º) y Uruguay (Art. 1º) dicen que “el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. El código ecuatoriano, con pretensiones de mayor exactitud, en su artículo 10, define las “infracciones” como “actos imputables sancionados por las leyes penales”.”¹⁵

Pese a las “mayores pretensiones de exactitud” que el Dr. Jiménez de Asúa sostiene, quiso expresar nuestro Código Penal, el numeral 3 del Art. 76 de la Constitución del 2008, establece los elementos contenidos en el Art. 1 del Código Penal Español de 1848, cuando dispone:

¹² *Ibidem anterior*, págs. 246 y 247

¹³ **JIMENEZ DE ASÚA, Luis**: *Tratado de Derecho Penal, Tomo III “El Delito”*, Ediciones Losada S.A., 5ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 77.

¹⁴ **LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (B.O.E. núm 281, de 24 de noviembre de 1995;**

¹⁵ **JIMENEZ DE ASÚA, Luis**: *Tratado de Derecho Penal, Tomo III “El Delito”*, Ediciones Losada S.A., 5ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 80.

*“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado **por un acto u omisión** que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará **una sanción** no prevista por la Constitución o la ley...”*

Analizado el texto de tal disposición constitucional, las palabras “**acción y omisión**”, nuevamente, se señalan en el numeral 3 del Art. 76, al señalarse que nadie puede ser juzgado por un **acto u omisión que no esté tipificado**, acepciones tan cercanas al Código Penal español de 1848, por lo que puede con propiedad entenderse como delito “**toda acción u omisión (imputable) penada por la ley**”.

1.2. CONCEPTO DE DELITO AMBIENTAL

Para la Asociación Interamericana de Ingeniería Sanitaria y Ciencias del Ambiente (AIDIS) el delito ambiental: “**Es una acción descrita claramente en la ley que se comete contra el ecosistema o el medio ambiente, que se castiga con diversas penas o sanciones**”.¹⁶

En cuanto a la definición de delito ambiental, claramente se identifica al bien jurídico protegido, cual es el ecosistema o el medio ambiente, sin embargo, al tratar el bien jurídico protegido podrá apreciarse que existen dos posiciones doctrinarias respecto de aquel, una antropocéntrica y otra en la cual se ve al ambiente como un bien jurídico independiente o autónomo del ser humano.

Habiendo señalado qué se entenderá por delito para el presente trabajo, importante es hacer referencia al Art. 20 de la Ley Penal del Ambiente de la República Bolivariana de Venezuela que dispone:

Art. 20: Acciones derivadas del delito. *De todo delito contra el ambiente, nace acción penal para el castigo del culpable. También puede nacer acción civil para el efecto de las restituciones y reparaciones a que se refiere esta Ley.*¹⁷

Si se analiza jurídicamente el texto de las diversas normas penales ambientales, especialmente las contempladas en los diversos cuerpos legales, podrá apreciarse que estamos frente a una ley penal en blanco, razón por la cual se hará una breve referencia a las dos teorías, con el objeto de esclarecer la estructura de las normas penales ambientales.

¹⁶ **ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE INGENIERÍA SANITARIA Y CIENCIAS DEL AMBIENTE (AIDIS):** *Delitos Ambientales Investigación, Detección y Radicación de Cargos. Esta es la versión html del archivo http://www.aidis.org.br/images_span/pps/9Delitos_Ambientales.PPT*

¹⁷ **COLMENARES OLÍVAR, Ricardo:** *La protección del medio ambiente en el proceso penal venezolano. Esta es la versión html del archivo <http://www.corpoandes.gov.ve/files/imagenes/file/descargas/conferencias/PONENCIA%20AMBIENTE%20MERIDA%202008.pdf>*

TEORÍA DE LA LEY PENAL EN BLANCO

Según expresa el desatacado penalista argentino Dr. Rogelio Moreno Rodríguez: ***“la ley penal en blanco es aquella ley penal que a los efectos de integrar su estructura, generalmente el supuesto de hecho se remite a una norma distinta. En ella sólo está fijada la sanción, no el precepto que por estar incompleto o ausente, hay que ubicarlo en otra disposición legal o reglamentaria...”***¹⁸

La norma distinta a la que alude el Dr. Moreno Rodríguez, es, en el fondo, la que fija el alcance de la ilicitud sancionada, ya que, la conducta delictiva está determinada de una manera genérica.

A título de ejemplo, citaremos como ley penal en blanco al Art. 29 de la Ley Penal del Ambiente de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone:

Art. 29.- Alteración térmica.- *El que provoque la alteración térmica de cuerpos de agua por verter en ellos aguas utilizadas para el enfriamiento de maquinarias o plantas industriales, en contravención a las normas técnicas que rigen la materia, será sancionado con prisión de tres (3) meses a un (1) año y multa de trescientos (300) a mil (1.000) días de salario mínimo.*

En el caso de la disposición transcrita, claramente se hace referencia a la violación de las normas técnicas que rigen la materia, cuando se viertan aguas utilizadas para el enfriamiento de maquinarias o plantas industriales.

De igual manera, el Art. 325 del Código Penal del Reino de España también hace referencia a otras normas cuando dispone:

Art. 325.- *“Será castigado con penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres años el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del Medio Ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuera para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.*

Como puede apreciarse, la disposición española hace referencia a la contravención de leyes u otras disposiciones de carácter general protector del ambiente.

¹⁸ MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio: *Diccionario de Ciencias Penales*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág. 299.

Respecto de esta disposición española, la doctrina del Tribunal Constitucional señala, de manera inequívoca que **“la técnica de las Leyes penales en blanco es cohonestable con los postulados de seguridad jurídica y las exigencias del principio de legalidad penal, siempre que el legislador en su empleo respete los siguientes requisitos:**

1. **La remisión o reenvío a la legislación extrapenal debe ser expresa, evitando las remisiones genéricas y no identificables;**
2. **La remisión debe estar fundamentada y justificada en atención a las necesidades de tutela del bien jurídico (en este caso el medio ambiente)**
3. **La normativa extrapenal debe constituir el complemento indispensable para la completa definición de la conducta típica, incriminada en el precepto penal;**
4. **El núcleo de la prohibición penal debe quedar establecido desde y en el propio tipo penal, de modo que la esencia de la prohibición normativa no constituya el objeto del reenvío o la remisión”.**¹⁹

En nuestro Código Penal, casi todas las disposiciones del Capítulo X-A, son leyes penales en blanco, como acontece con el Art. 437-B, que sanciona con pena de 3 años al 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.

Estas normas jurídicas son una aparente excepción al principio **de legalidad** por tener la particularidad de no bastarse a sí mismas, ya que, como se dijo, contienen referencias a otras leyes, ordenanzas, reglamentos o simples mandatos de la autoridad administrativa.

1.3.- NATURALEZA JURÍDICA

El delito ambiental, tiene una naturaleza jurídica sui generis, ya que el sujeto pasivo es la comunidad toda y el sujeto activo es el ser humano, pudiendo afirmarse con certeza que esta doctrina emanó del "derecho a vivir en un ambiente sano", considerado como un derecho humano y plasmados en los diversos textos constitucionales a partir de la Declaración de las Naciones

¹⁹ **MORALES PRATS, Fermín:** *Responsabilidad penal por contaminación ambiental. Esta es la versión html del archivo <http://seminari.jmc.cat/ARXIUUS/autors00-01/05.doc>*

Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 o "Primera cumbre de la Tierra", celebrada en Estocolmo, Suecia, conferencia en la cual se plasma el derecho humano a tener: "**condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar**".

Antecedes a este derecho humano a "vivir en un ambiente sano", las constituciones de Checoslovaquia (1960) y la de Suiza (1971) que contemplaron el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación.

Con posterioridad a la Primera Cumbre de la Tierra, en el año 1975 fue establecido este derecho en la Constitución de Grecia, al año siguiente (1976) en la República de Portugal (1976) y en 1978 se contempla, en la Constitución del Reino de España. Siguiendo a las anteriores, se repite la normativa constitucional en Europa y América Latina, estando plasmado este derecho humano en la mayoría de las constituciones de nuestro continente.

Dentro de las normas constitucionales del derecho comparado, la Constitución de España de 1978, como la de muchos otros países, preceptúa la protección del medio ambiente, señalando su Art. 45:

"Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado"

En cuanto a las constituciones sudamericanas, la protección del ambiente se consagra de la siguiente manera:

➤ Constitución de la República Argentina de 1994

Art. 41. *"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren a las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos".*

➤ Constitución Política del Brasil de 1988

Art. 225.- *“Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la mejor calidad de vida, imponiéndose al poder público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones: I) Para asegurar la efectividad de ese derecho incumbe al poder público: ... III) Las conductas y las actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetarán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a **sanciones penales y administrativas**, independientemente de las obligaciones de reparar los daños causados”.*

➤ Constitución Política de Colombia:

Art. 79. *“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano..”.*

Art. 80. *“El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sustentable, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”.*

Sin embargo, establecer este “derecho humano” en las diversas constituciones, en nada contribuye al ambiente sano, si no se dota a la norma de leyes que sustenten dicho derecho y de los medios para combatir las conductas anti ecológicas, ya que sin exagerar puede expresarse que en materia ambiental abunda la retórica y las buenas intenciones, sirviendo como ejemplo las normas constitucionales nacionales, frente a un Estado que con sus concesionarias ha causado uno de los mayores desastres ecológicos a nivel mundial en la Amazonía, siendo en la actualidad la empresa estatal Petroecuador, la que genera los efluvios que causan muerte y desolación en dicho sector de la patria, contraviniendo ello en forma patente el deber primordial del Estado de garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, así como promover el desarrollo sustentable y proteger el patrimonio natural del país, establecidos, respectivamente, en los numerales 1, 5 y 7 de la Constitución Política del 2008.

El delito ambiental, es un delito social, porque afecta las bases de la existencia socio económica, atenta contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas y culturales, y, finalmente, pone en peligro las formas de vida autóctonas en cuanto implica destrucción de sistemas de relaciones hombre – espacio, siendo necesario que el conjunto de normas penales, que sancionan conductas contrarias a la utilización racional de los recursos naturales, debe llevar intrínseca la condición formal de sancionar mediante penas tales conductas y, fundamentalmente, los tipos penales deben ser correctos y funcionales a fin de lograr una justa y eficaz protección del medio ambiente.

Pero pese a que la protección penal ambiental implica, como puede apreciarse, una nueva visión,

donde el equilibrio ecológico y la calidad de vida son el sustrato jurídico protegido y en si mismo valioso, existen autores que critican que por el hecho de proteger a una especie de la fauna o de la flora, se prive de libertad a un ciudadano, siendo bastante difícil irrumpir con esta nueva tendencia doctrinaria en materia jurídica, lo que, desgraciadamente, se ha facilitado con las graves consecuencias ambientales que vive nuestro planeta.

Si bien en nuestra Constitución se otorga una visión antropocéntrica al “**derecho humano a vivir en un ambiente sano**”, lo que también es frecuente en el derecho comparado, ello se complementa con el deber del Estado de proteger el patrimonio natural, todo, en el entendido que al proteger el medio ambiente, necesariamente, se está protegiendo o tutelando la vida humana.

Frente a este crítico panorama, el Derecho, como ciencia social, está imposibilitado de desconocer la realidad y debe establecer las necesarias normas de disciplina en las acciones interactivas del hombre con la naturaleza, controlando, con su esfera civil-administrativa, la degradación ambiental y, como lógica consecuencia, auxiliándose del Derecho Penal, a fin que por intermedio de la coacción, prevenga los daños ecológicos.

En virtud de la gravedad de los problemas ambientales, con la Ley de Gestión Ambiental N° 99-49 publicada en el Registro Oficial N° 25 de 2 de enero de 2000, se incorporó a nuestro Código Penal el Capítulo XA que trata “De los Delitos contra el Medio Ambiente”. Lo que significó jurídicamente un gran avance en el combate a esta clase de ilícitos, desde el punto de vista teórico, porque a nivel práctico, aún persisten los jueces con sus criterio civilistas acerca que la naturaleza es un bien común a todos los seres humanos, añadiéndose además la carencia de Fiscales del Ambiente que velen por este bien jurídico protegido.

La existencia de normas penales ambientales es una tendencia mundial, como puede observarse con lo sucedido en la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, que ha obligado a sus Estados miembros a incluir en sus códigos penales sanciones ***"efectivas, proporcionales y disuasorias" contra la personas físicas o jurídicas que causen, inciten o colaboren con estos daños. La directiva no impide que los países que, como España, ya tipifican en sus códigos penales la figura del delito ambiental, reflejen en sus ordenamientos un listado de prácticas punibles más amplio que el referido en su texto. Su principal objetivo es garantizar la existencia en toda la Unión Europea de una base común de delitos ambientales castigados penalmente, para prevenir que los delincuentes ambientales aprovechen la disparidad existente entre los Estados miembros para escapar de la justicia, ya que nn informe de la Comisión Europea de febrero de 2007 citaba como ejemplos de ese desequilibrio el hecho de que Grecia y España no castigasen con cárcel los vertidos marítimos, o que Portugal no tipificase como delito penal el comercio de especies salvajes.***

El texto de la directiva, aprobado por los eurodiputados por amplia mayoría, había sido objeto de un acuerdo previo entre los representantes de la Eurocámara y los del Consejo de la UE -gobiernos de los Estados. La directiva brinda un plazo de dos años a los Estados miembros para que realicen los cambios pertinentes en sus ordenamientos jurídicos”. ²⁰

1.3. BREVE RESEÑA DE LA HISTORIA UNIVERSAL DE ESTA CLASE DE DELITOS

En las civilizaciones antiguas, como Grecia, había interés por el destino de algunas especies de animales y plantas dentro de los ecosistemas.

Por su parte, Federico Barbarroja, cuando entró a Roma en 1167, se encontró con una ciudad que ***“exhalaba vapores ponzoñosos y el ambiente estaba impregnado de pestilencias y de muerte”.***

En el siglo XIII, se comunicaba a la gente que debía hervir las aguas del río Rhin antes de beberla pues “producían fluidos tóxicos en el cuerpo”.

El Código Civil de Andrés Bello en el inciso 2° del Art. 937 chileno y Art. 1001, igual inciso, en su versión ecuatoriana, al tratar algunas acciones posesorias especiales, es claro al establecer que: ***“...ninguna prescripción se admitirá a favor de las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso”.***

Pero esos ejemplos ocasionales en caso alguno constituyen una conciencia maciza tendiente a mejorar la calidad de vida o un atisbo de “Derecho Ambiental”.

En los años sesenta (del Siglo XX) no había una distinción clara entre lo que era la preservación ambiental, la conservación de la naturaleza y su estrecha relación con el desarrollo. Tampoco existía el concepto del desarrollo sustentable.

Los movimientos ecologistas nacen con fuerza a partir de 1972, después de la Conferencia de las Naciones Unidas en Estocolmo sobre el Medio Humano, realizada entre el 5 y el 16 de junio de 1972, donde empieza con fuerza la constitucionalización “del derecho humano a vivir en un ambiente sano”

²⁰ ***PARLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA: Establecimiento de delitos ambientales a nivel europeo.*** <http://es.noticias.yahoo.com/efe/20080521/tsc-la-ue-establece-sanciones-penales-co-23e7ce8.html>.<http://www.europarl.es/>

A lo anterior se añade, el 1980, el concepto de “conservación” adoptado mundialmente gracias al esfuerzo efectuado por la World Wildlife Foundation (WWF) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), instituciones que junto con la Unión Mundial para la Naturaleza y los Recursos Naturales, que define la conservación en un documento llamado “Estrategia mundial para la conservación”, como sigue: **CONSERVACION: “Es la gestión de la utilización de la biosfera por el ser humano, de tal suerte que produzca el mayor y sostenido beneficio para las generaciones actuales, pero que mantenga su potencialidad para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones futuras”.**

En las postrimerías del siglo XX, década de los noventa, estudiosos del derecho consideraron relevante incorporar un nuevo título a los Códigos Penales, en el cual se considere el establecimiento de conductas típicas relacionadas con el medio ambiente. reconociendo explícitamente al medio ambiente como bien jurídico tutelado penalmente.

Si bien en nuestro país existen normas penales ambientales, las sanciones por los daños ecológicos tienen como resultado la privación de libertad, pero resulta tan compleja la denuncia ambiental en el Ecuador y su ulterior tramitación que ello no produce el efecto de evitar los delitos, cuando como referente está el mismo Estado a través de sus concesionarias petroleras que impunemente contaminan la Amazonía, o que permiten la devastación del bosque esmeraldeño. Según establece el numeral 9 del Art. 11 de la Constitución del 2008 en materia de responsabilidad por violación a los derechos humanos se entiende que lo hace en el ejercicio de una potestad pública:

Art. 11.- “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. *El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.*

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas....”

Como se sostenía anteriormente, nuestras leyes penales no contemplan sanciones diferentes, como ocurre con la Ley de Protección Ambiental del Canadá de 1988, poniendo por ejemplo su Art. 114 que castiga a quien provea información falsa en el cumplimiento de las obligaciones

establecidas en la Ley, en un procedimiento sumario, con hasta seis meses de prisión o multa de hasta 300.000.- dólares, o ambas sanciones; en caso que el fallo definitivo sea condenatorio, el castigo podrá ser de hasta 5 años de prisión y una multa de hasta 1.000.000.- de dólares, o ambas sanciones en su caso.

Con certeza puede afirmarse que el Derecho Penal Ambiental comenzó en nuestro país al dictarse la Ley 99-49 reformativa al Código Penal, que incorporó el Capítulo XA al Título V, que trata de los delitos contra el medio ambiente, al cual nos referiremos ampliamente con posterioridad.

Obviamente, los problemas ambientales de un país no sólo pueden resolverse a fuerza de sanciones penales como ir a la cárcel o pagar una multa, pero éstas son sin duda necesarias; mal podría esperarse que los jueces y fiscales sustituyan a la Administración, y menos aún suponerse que en manos de otros está la solución. Cada uno de nosotros estamos llamados a actuar a favor de nuestra supervivencia, del uso y aprovechamiento racional de los recursos que nos brinda la Naturaleza para garantizarnos su conservación y su permanencia en el tiempo.

1.4. NORMAS INTERNACIONALES RELACIONADAS CON ESTE ILÍCITO

En el entendido que los ilícitos ambientales consisten en las acciones que realizan las personas y las industrias que afectan gravemente los elementos que componen los recursos naturales como el aire, el agua, el suelo, la fauna, la flora, los minerales y los hidrocarburos están tipificadas en nuestra legislación, se ha llegado a ello gracias a la labor de las organizaciones internacionales, que mediante una serie de instrumentos ha fijado las pautas para la existencia de un derecho penal ambiental, que es el aspecto que nos interesa.

Primero es destacable, como se hizo mención anteriormente, la **Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, "Primera cumbre de la Tierra" o Conferencia de Estocolmo**, Suecia. del 5 al 16 de junio de 1972, que estableció los cimientos en los que se sustenta el ***Derecho al Ambiente Adecuado*** como derecho humano y, como consecuencia, el nacimiento del Derecho Ambiental como novísima rama del Derecho. En efecto, en esta Conferencia se estableció el derecho fundamental de la persona humana a vivir en: ***"condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar"***. Como contrapartida a este derecho se establece el ***"deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras"***, (presencia de 113 países) aprobada por Resolución 2398 - XXIII de la ONU.

Innumerables son las conferencias mundiales del ambiente, pero en ninguna se establece la necesidad de legislar acerca de un Derecho Penal Ambiental, como ocurrió con lo sucedido en la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea y a la cual nos referimos en las páginas 24 y 25 de esta investigación.

En América Latina, aparte de nuestras normas penales ambientales, puede mencionarse disposiciones de esta clase en la legislación mexicana, venezolana y cubana.

1.5. LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA (2008) Y EL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO, ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO Y LIBRE DE CONTAMINACIÓN Y LA EFICACIA DE ESTE DERECHO HUMANO FRENTE AL ACTUAR ADMINISTRATIVO.

Con certeza podría afirmarse que al definirse el "derecho a vivir en un ambiente sano", se está identificando claramente, aunque con una visión antropocéntrica, al bien jurídico protegido de los delitos ambientales.

Obviamente, hablar de un "ambiente sano" es técnicamente imposible, sin embargo, lo que se persigue con ello es que todo Estado debe asegurar y procurar el mejoramiento de las condiciones de vida, el uso de tecnologías no contaminantes y una máxima purificación del ambiente donde viven las personas. Frente a este tema, y sin querer ser reiterativos, resulta paradójico que se viva en el país con mayor biodiversidad en el mundo, que se cuente con normas que podrían aplicarse a los que degradan el ambiente, pero, dentro de la realidad, el nuestro es el país donde más daño se causa a la naturaleza, siendo, como se ha reiterado, el Estado y sus concesionarios los mayores causantes del daño al medio ambiente y a las personas por este actuar, bastando simplemente escoger al azar lo acontecido el 18 de agosto del 2006 con el derrame de petróleo en el pozo Cuyabeno 8, en la provincia de Sucumbios: ***“que volvió a teñir de negro las lagunas de la Reserva Faunística Cuyabeno, un lugar de inmenso valor biológico por poseer 14 ecosistemas únicos en el país y algunos de ellos únicos en el mundo, por ser considerada una de las zonas más ricas en especies de peces; por contar con un elevado endemismo de aves y por constituir un refugio para las aves migratorias del continente americano... Las lagunas y los ríos del Cuyabeno, albergan una fauna característica de los ecosistemas de agua dulce de la Amazonia, muchas de ellas en vía de extinción, como el delfín rosado o bufeo, el manatí o vaca marina, además de la nutria gigante. Este derrame es uno de los mayores desastres que hemos vivido, los daños son incalculables e irreversibles sin tomar en cuenta que se ha destruido uno de los paisajes más hermosos del país. Pero, lamentablemente, ni con estos hechos se toman las medidas que se deberían para***

precautelar el futuro de nuestras áreas protegidas. La empresa petrolera china, Andespetrol, operadora del campo Tarapoa está tramitando los permisos necesarios para perforar pozos exploratorios dentro de la Reserva Cuyabeno. Esta empresa que pertenece a la CNPC (China Petroleum), posee el peor récord ambiental del mundo. Opera también en los bloques 14 y 17 dentro del Parque Nacional Yasuní y dentro del área intangible Yasuní. En esa área protegida, se encuentra tramitando una licencia ambiental para realizar prospección sísmica dentro del parque. Y como si eso fuera poco esta esta empresa china también está interesada en la concesión del proyecto ITT dentro del Parque Yasuní”.²¹

Lo indignante de lo anterior es que el Estado permanece impasible ante estas violaciones que causan sus delegatarios o concesionarios.

Podría pensarse que al amparo de las nuevas normas constitucionales esta situación cambiaría ya que el derecho a vivir en un ambiente sano se contempla en el artículo 14 de la Constitución de la República del 2008 cuando dispone que: ***"se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kaway"***

El artículo 3 N° 7 de la Constitución Política del 2008 señala como deberes primordiales del Estado: ***"Proteger el patrimonio natural y cultural del país"***, en su numeral 5° la señalada disposición se refiere el crecimiento o desarrollo sustentable, debiendo entenderse por éste, de acuerdo a la Ley de Gestión Ambiental: ***el mejoramiento de la calidad de la vida humana dentro de la capacidad de carga de los ecosistemas; implican la satisfacción de las necesidades actuales sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones.***

Sin embargo, pese a la normativa, plena de retórica, basta apreciar la noticia de un reciente derrame de petróleo de 24 de marzo del 2009: ***"La impunidad ambiental sobrevuela los valles ecuatorianos, mientras en los afluentes del río Napo, toneladas de crudo impregnan la vegetación y cualquier bicho que se acerque. Y en los lechos de los ríos se depositan todo tipo de hidrocarburos en sus diferentes estados, para envenenar lentamente a toda la cadena trófica de la selva ecuatoriana Campaña de Afectados por Repsol YPF De nuevo, en silencio, tragamos lágrimas y saliva al ver la Amazonía ecuatoriana teñida de negro, por los más de 14.000 barriles de petróleo derramados en la oscuridad del 27 de febrero en el Oleoducto de Crudos Pesados (OCP). La incompetencia de la compañía es de semejante***

²¹ Acción Ecológica: BOLETIN DE PRENSA, 29 de agosto 2006

magnitud a los impactos del derrame, pues enterada del accidente, no cerró a tiempo las válvulas del oleoducto. Según un informe del Ministerio de Medio Ambiente de Ecuador se afectó gravemente la Reserva Ecológica Cayambe-Coca y en las poblaciones de San Carlos y San Luis, cercanas al río Quijos, se observaron parches de crudo 72 horas posteriores al derrame y no existieron acciones correctivas por parte de la OCP. A la memoria nos vienen tantos pronunciamientos y advertencias hace apenas media década, cuando en plena construcción del OCP, conocido ya entonces como Oleoducto de Contaminación y Pobreza, organizaciones de todo el mundo criticaban la seguridad de este tubo construido a las prisas. Había millones de barriles enterrados en la selva que empresas como Petrobras, Repsol YPF o Perenco necesitaban comercializar para engrosar sus voraces bolsillos. Había también muchos bancos, como el BBVA, el City Group o el West LB que se beneficiarían con unos intereses para engrosar sus también voraces cajas fuertes. ¡Todos querían dinero y lo querían ya! Por eso militarizaron la construcción del Oleoducto y encarcelaron a jóvenes ecuatorianos que, encaramados a los árboles de Guarumos, se negaban a que el pueblo de Mindo fuera pasto de derrames de ahora en adelante. Y en Lago Agrio también reprimieron las movilizaciones de una población que se pronunció en contra de este proyecto. Pero tenían prisa. El OCP era negocio y excusa para ampliar la frontera petrolera y los dominios transnacionales por la cuenca amazónica. Todos querían su trocito de pastel. Ahora, de nuevo, la impunidad ambiental sobrevuela los valles ecuatorianos, mientras en los afluentes del río Napo, toneladas de crudo impregnan la vegetación y cualquier bicho que se acerque. Y en los lechos de los ríos se depositan todo tipo de hidrocarburos en sus diferentes estados, para envenenar lentamente a toda la cadena trófica de la selva ecuatoriana. Y poblaciones como Coca, de 30.000 habitantes se quedan sin suministro de agua, por no hablar de las comunidades indígenas, las cuales sólo se les permite salir en la foto de algún cínico informe de RSC. Ante tanta muerte, ¿quién paga el entierro? Desde la Campaña internacional de Afectados por Repsol YPF exigimos: 1. Una Auditoría ambiental completa, seria, independiente y competente para evaluar todos los impactos presentes y futuros del derrame. 2. Juicio penal a los directivos de las empresas que forman el consorcio OCP, por crimen ambiental y delitos a la salud pública. 3. Paralización indefinida del flujo de crudo a través del OCP hasta que la Justicia no haya juzgado y condenado a los culpables. 4. Con la expulsión de la compañía Occidental como precedente, expulsar también, de una vez por todas, a la compañía Repsol YPF del país. Existen demostrados motivos económicos, sociales y ambientales para que Ecuador ejerza la soberanía en su territorio y se libere de una empresa que tanto daño ha hecho a esta nación. Y es tarea de todos y cada uno de los países importadores de petróleo, implementar medidas urgentes

para transicionar a formas de vida independientes a la violencia y contaminación que lastimosamente siempre acompañan al negro combustible...”.²²

Si a la noticia anterior la confrontamos con el artículo 66 N° 27 de la Constitución de la República, que consagra expresamente como garantía constitucional reconocida por el Estado ***"el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza"***, vemos que es el propio Estado, que pregona este derecho, retóricamente, por un lado, y, por el otro, lo viola persistentemente.

En la Sección Segunda del Capítulo Segundo de la Constitución recientemente aprobada, se tratan los "Derechos del Buen Vivir", en esta sección se trata el ***«ambiente sano»*** en sus Arts. 14 y 15, declarando de interés público, al igual que acontecía en la anterior, la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad.

Sin embargo, el inciso 2° del artículo 14 es un texto bastante escueto si se lo compara con el Art. 86 del anterior texto constitucional.

Respecto de la participación ciudadana el numeral 17 del Art. 57 de la Constitución del 2008, señala que ***«antes de la adopción de cualquier medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos el Estado puede consultar a la comunidad»***.

Sin embargo, ello no puede interpretarse extensivamente a los proyectos o concesiones que se haga, ya que ello no involucra una medida legislativa. Es decir, que atendida la supremacía constitucional, hoy no se tomará en consideración ni tornará inejecutable un proyecto la opinión negativa de la comunidad la cual, ni siquiera, será consultada ante un proyecto que tenga repercusiones ambientales.

En realidad el respeto al derecho humano a vivir en un ambiente sano, en caso que se vea alterado por un proyecto o concesión ambiental, hoy no tiene posibilidad alguna de que la comunidad se manifieste en contra y aún cuando lo haga en forma extraoficial, ello no significará la nulidad del proyecto, por muchos daños al ambiente que ello involucre.

Lo anterior se ratifica con lo expuesto en el Art. 71 del Capítulo VII que trata "De los Derechos de la Naturaleza", donde retóricamente se establece que ***«la naturaleza o Pachamama, 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 etc.»***.

Resulta paradójico, por decir lo menos, el inciso 2° del Art. 71 que establece el derecho de toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad para exigir a la autoridad pública el cumplimiento de

²² www.ecoportat.net OMAL Observatorio de las Multinacionales en América Latina, Ecuador, 15 de marzo de 2009

los derechos de la naturaleza, ya que en la parte final expresamente señala esta disposición **«para aplicar e interponer estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda»**.

En otras palabras, si no se permite la participación ciudadana ante cualquier proyecto o concesión ambiental que pueda perjudicar a la ciudadanía, cualquiera puede reclamar, **pero su reclamo será interpretado conforme a lo que establece la Constitución**, en otras palabras el rechazo está garantizado de antemano.

En cuanto a la responsabilidad objetiva del Estado por daños ambientales no se contempla disposición que establezca este tipo de responsabilidad estatal, como acontecía en la anterior Constitución de 1998, constriñéndose el nuevo texto a señalar que si bien el Estado tiene como el más alto deber respetar y hacer respetar los derechos garantizados en el proyecto, según se infiere del numeral 9° del Art. 11, y estará obligado a reparar las violaciones a los particulares por las acciones u omisiones de sus funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos, señala que ejercerá inmediatamente respecto de éstos el derecho de repetición, lo que en otras palabras, si todas las normas constitucionales, de conformidad al Art. 427: **«deberán interpretarse por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad»**, quiere decir que el ejercicio de este derecho para obtener indemnizaciones estará restringido a la capacidad económica del funcionario responsable.

En resumidas la Constitución del 2008, cercena la participación ciudadana en materia ambiental y restringe el ejercicio de acciones contra las decisiones del Estado, ya que éstas deberán ser interpretadas conforme al "texto integral de la Constitución por parte de una Corte Constitucional, donde sus miembros son designados, mayoritariamente por el ejecutivo" y sujetos a la camisa de fuerza de interpretar las normas conforme a la "voluntad del constituyente", según se infiere del Art. 427, que expresa: **“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”**.

Este verdadero trabalenguas de incoherencias, hace tabla rasa de las normas de interpretación existentes en el Código Civil que derivan de la doctrina mundialmente consagrada.

La eficacia de la norma frente a decisiones administrativas, como pudo apreciarse, es débil, porque se cercena, como se dijo, la participación ciudadana.

1.7. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN ESTA CLASE DE DELITOS

Como bien jurídico, el ambiente es merecedor de tutela penal, ya que se trata de un bien jurídico de especial trascendencia cuya protección resulta esencial para la propia existencia de los seres humanos que en estos tiempos está siendo severamente amenazada, por lo que ante el fracaso de los medios de control social, informales como extrapenales (fundamentalmente del Derecho Administrativo), la doctrina se ha dirigido hacia el Derecho Penal en materia ambiental, situación que está globalizada en casi todo el derecho comparado, pero con la salvedad, que todo el ordenamiento jurídico concilia su normativa, no como acontece en nuestro país con la actual Constitución del 2008, que cercena gravemente el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, calificando anticipadamente a quienes se opongan a un proyecto como opositores al progreso.

La forma, entonces, de proteger los intereses socialmente relevantes es garantizarlos por el derecho, adquiriendo así la categoría de BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS. Entre los bienes jurídicos protegidos más importantes contemplados en los Códigos Penales está la vida, la integridad física, el honor, la libertad, la seguridad del Estado, la protección del patrimonio ambiental y cultural, etc.

En general, los ***“bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”***.

Se deja en claro, entonces, que en este concepto se incluye las más variadas formas de bienes jurídicos, a saber: objetos psico-físicos o ideal-espirituales (ej: la vida, el honor); de estados reales (ej: la paz del hogar); de relaciones vitales (ej: el matrimonio, el parentesco); de relaciones jurídicas (ej: la propiedad); de conducta de un tercero (ej: deber de fidelidad de los funcionarios públicos).

Definiéndose el bien jurídico protegido como: ***“todo valor ideal del orden social jurídicamente protegido, en cuyo mandamiento tiene interés la comunidad, y que se puede atribuir su titularidad, tanto al particular, como a la colectividad. Para las actuales tendencias sociales o sociológicas sólo es concebible racionalmente cuando antes del acto legislativo ya existía un bien vital o cultural, así Muñoz Conde entiende que los bienes jurídicos son «aquellos presupuestos que la persona necesita para su realización en la vida social»”***.²³, puede afirmarse que existen dos criterios para considerar el contenido de la norma en forma de bien público: quienes consideran el bien jurídico como algo abstracto de la naturaleza, y quienes lo ven como algo concreto e inherente al ser humano:

²³ MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio: *Diccionario de Ciencias Penales. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág. 71*

- a) **El medio ambiente como bien jurídico autónomo**; se trata del mantenimiento del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y flora, y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales. Dentro de esta primera postura, existen dos definiciones; la primera considera que el bien jurídico sería el **ambiente**, y la segunda propone como bien jurídico la **calidad de vida**, pero algunos opinan que el bien jurídico debe ser el **ecosistema**, por ser más amplio.
- b) Principio de transpersonalización de las normas jurídicas, en donde la protección del medio ambiente se transforma en la protección de los derechos de la personalidad, que incluyen la vida, la salud, y la integridad física, entre otros. Sustentada en este último principio, la Ley de Tutela del Ambiente en Alemania, del 1o. de enero de 1991, en su artículo 823, inciso 1o., establece la obligación de reparar el daño producido en los ilícitos que afecten a los bienes contenidos en la norma, como la vida, la salud, el cuerpo, la libertad u otro derecho análogo.

Cabe señalar que en lo que respecta a los delitos ecológicos, **el bien jurídico protegido principal es el medio ambiente**, siendo lógico que si protegemos al medio ambiente estaremos protegiendo o tutelando, al mismo tiempo, la vida humana. En consecuencia, en el Ecuador, el bien jurídico protegido es el **medio ambiente** considerado en forma autónoma. Aunque esta posición doctrinaria está en minoría, se observa últimamente una tendencia a considerar al ambiente en forma independiente, liberándolo de la transpersonalización, ya que toda concepción de medio ambiente debe, necesariamente, ir más allá del ser humano, puesto que por medio ambiente ha de contemplarse toda forma de vida, razón por la cual en la Conferencia de Estocolmo, llevada a cabo entre el 5 al 16 de junio de 1972, se adoptó mayoritariamente la definición propuesta por el Comité Internacional de la Lengua Francesa sobre medio ambiente, que lo define como:

“El conjunto de elementos físicos, químicos, biológicos y de factores sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, a corto o largo plazo, sobre los seres vivos y las actividades humanas”.²⁴

Nuestra reciente Constitución Política, contiene en la sección segunda del Capítulo Segundo un título que trata “Del ambiente sano”, dos artículos que se refieren a la materia, como lo son los Arts. 14 y 15.

El inciso 2º del Art. 14 se refiere a la declaración de interés público, cuando dispone:

²⁴ *TRATADO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE*, Rezza Editores S.A., Coecillo -León, Guanajuato, México, 1993, Tomo I, página 4

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

El Capítulo Segundo, referido al “Ambiente sano” se halla comprendido dentro del Título II “De los derechos” de nuestra carta fundamental.

Sin embargo, al ver la serie de violaciones al “derecho a vivir en un ambiente sano”, puedo advertir que en nuestro país, aún no se toma conciencia de lo que brillantemente expuso el ecologista José Carlos Barbosa Moreira, cuando expresó: ***"Pasajeros del mismo barco, los habitantes de este inquieto planeta, van progresivamente tomando conciencia clara de la alternativa esencial que deben afrontar: salvarse juntos o juntos naufragar"***.²⁵

Ha llegado el tiempo de evitar la proliferación de normas ambientales si a ellas no se les dota, adecuadamente, de los medios para asegurar su debida eficacia.

²⁵ ***BARBOSA MOREIRA, José Carlos*** : *La protección jurídica de los intereses colectivos* , *Revista de Derecho Administrativo*, vol. 139, 1980, pág. 85.

CAPÍTULO II

FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y SERVIDORES DE ELECCIÓN POPULAR EN EL ECUADOR Y EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. CONCEPTO Y RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

Digno de destacar, por su claridad, es el Código de Ética del Funcionario Público Costarricense que en el inciso 1º del Art. 4 señala que: ***“Para los efectos de esta Ley, se entiende por servidor público toda persona física que participa ocasional o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, en la Administración Pública centralizada o descentralizada y demás entes públicos, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.***

Para mayor claridad, el mismo cuerpo legal, en el inciso 2º de la referida disposición señala que: ***“Se entienden como sinónimos los términos “funcionario público”, “servidor público”, “empleado público” y cualquier otro similar que se utilice para referirse a la persona física que desempeña labores en cualquier cargo de la Administración Pública”.***

En este sentido, la norma costarricense es de fácil aplicación cuando comprende bajo el concepto de servidor público a todo “funcionario”, “servidor” o “empleado”, sea de elección popular o por nombramiento de la autoridad competente, lo que, obviamente, facilita la aplicación de las normas penales ambientales, no existiendo dudas en cuanto a la responsabilidad penal de los servidores públicos, puesto que claramente la ley señala qué debe entenderse por ellos.

Respecto a España, es importante lo dispuesto en el Código Penal, a fin de determinar claramente cuándo se está frente a una autoridad o a un funcionario público, existiendo un criterio diverso al “unificado” de la legislación costarricense. En efecto, el Art. 24.2. del Código Penal, señala que: ***“Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.***

Por su parte, la Constitución española recoge en su art. 45.2 las obligaciones o deberes primordiales del Estado o de los poderes públicos respecto a las materias ambientales, disposición equivalente a nuestro Art. 3 N°s 5 y 7, que se relacionan con el desarrollo sustentable y con la protección de los recursos naturales. El Art. 45.2 español vela por la utilización racional de todos los recursos naturales.

El Código Penal español actualmente en vigor en su art.329 dice:

- “1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposición normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la multa de ocho a veinticuatro meses.*
- 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.*

En el caso de la disposición penal española, la disposición distingue claramente entre la “autoridad” y “el funcionario público”, dándose entender que dentro de los primeros se comprenden las autoridades de elección popular y en los funcionarios, todos aquellos que prestan servicios remunerados en la Administración Pública en calidad de funcionarios de carrera, dentro de los ilícitos tipificados se comprende el informe para una concesión, licencia o autorización para la realización de las actividades lesivas para el medio ambiente que han sido tipificadas. En este caso nos encontramos ante un comportamiento activo y positivo, que puede ser cometido, por ejemplo por un concejo municipal de elección popular, o por un funcionario público que debe emitir un informe acerca de la factibilidad de otorgar una autorización para esta clase de actividades.

Asimismo, la disposición penal contempla expresamente el delito de comisión por omisión, cuando expresamente se dispone que habrá ilícito por parte de la autoridad o funcionario público que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen.

2.2. CONCEPTO Y RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES DE ELECCIÓN POPULAR EN EL DERECHO COMPARADO

Tal como se expresó anteriormente, en el Derecho costarricense, se entienden como sinónimos los términos “funcionario público”, “servidor público”, “empleado público” y cualquier otro similar que se utilice para referirse a la persona física que desempeña labores en cualquier cargo de la Administración Pública, sea de elección popular o de nombramiento por la autoridad competente.

La normativa española, si bien distingue a los funcionarios de las autoridades, y transcrita en el punto anterior, se aplica por igual a las autoridades electas popularmente, como a los funcionarios, razón por la cual doy por enteramente reproducido lo dicho en el punto 2.1.

El concepto de **autoridad pública está clara y debidamente** contenido en el Art. 24 del Código Penal Español que dice:

Art. 24.1.- A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

En 1995 se añade la referencia expresa a las Asambleas Legislativas Nacional, Autonómicas y Europea. También es este año se hace la referencia expresa a los miembros de Órganos Colegiados, como por ejemplo las Juntas de Gobiernos locales o los Tribunales de Oposición, es decir, cuando los funcionarios públicos que tienen competencia para resolver negocios administrativos o de control de la actuación administrativa tienen que actuar colectiva o conjuntamente como miembros de igual rango y voto, siendo la voluntad decisoria del propio órgano colegiado y no de una persona individual. Lo que define este concepto es que la persona:

- a) Tenga mando: esto significa que tenga facultad para disponer u obligar a otros, con capacidad para imponer el cumplimiento de lo que se ordena. Esto es, que mande y se haga obedecer. Significa pues prevalencia y superioridad con el correspondiente deber de obediencia de aquellos a quienes se dirige. Por ejemplo: Ministros, Secretarios de Estado, Consejeros de Comunidades Autónomas.
- b) Que tenga jurisdicción propia: significa que tenga potestad para conocer y resolver asuntos que se someten a su consideración, esto es, capacidad resolutoria o potestad de decisión en el ámbito de sus competencias, como por ejemplo: Alcaldes, Jueces de Paz, Directores de prisiones y miembros de toda comisión disciplinaria, etc.

En cuanto a la relación que se establece entre este precepto y el siguiente, esto es, el Art. 24.2 del Código Penal que define el concepto de funcionario hay que señalar que difícilmente puede darse una autoridad que no participe del ejercicio de funciones públicas por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia penales entienden que la autoridad es funcionario a efectos penales, en tanto que participa de la función pública y su acceso a la misma es a través de una de las tres vías que se establecen en el Art. 24.2 del Código Penal. Sin embargo, no ocurre de la misma manera en sentido inverso, esto es, no todo funcionario público es autoridad, por ejemplo, un profesor es funcionario a los efectos penales pero no es autoridad (salvo que tenga un cierto estatuto como por ejemplo Decano).

2.3. CONCEPTO Y RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO NACIONAL

De conformidad a lo dispuesto en el Art. 229 de la Constitución Política del 2008, “*Son servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público*”.

La amplitud de la disposición nos lleva a colegir que existe dentro del inciso 1º del Art. 229 de la Carta Fundamental un tratamiento igualitario tanto a los funcionarios públicos como a las dignidades de elección popular. En este sentido, hubiese sido más adecuada una norma similar a la costarricense, a fin que no cupiera dudas acerca que dentro de los servidores públicos se comprendía a todo “funcionario”, “servidor” o “empleado”, sea de elección popular o por nombramiento de la autoridad competente

En el entendido que el término servidor público comprende a los funcionarios como a las autoridades de elección popular resulta interesante esta innovación jurídica atendido que en esta materia solo regían los Arts. 437 – E y 437 – J del Código Penal Ecuatoriano, no se refiere a la “autoridad”, sino al funcionario o empleado público, no estando tipificado penalmente una conducta ilícito - ambiental respecto de las autoridades de elección popular, a quienes, en el caso de una decisión que hubiese causado graves daños no podría aplicárseles las señaladas disposiciones.

En efecto, no cabe en nuestro Código Penal otra conducta ilícita respecto de los servidores de elección popular, toda vez que el prevaricato, se describe de una forma tan específica en el Art. 277 del código referido, que dentro de las conductas tipificadas en el mismo no existe ninguna similar a la descrita en los Arts. 437 – E y 437 – J ibídem respecto de las autoridades de elección

popular, siendo asimismo de difícil aplicación de los Art. 285 y 286 del Código Penal, es decir cuando hayan actuado mediando cohecho.

Si se atiende al **Art. 233 de la Constitución Política del 2008**, en el cual **“ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”**, podemos apreciar que no existe en nuestra normativa penal, ninguna norma que sancione a las autoridades de elección popular, cuando cometan delitos similares a los descritos en los Arts. 437 – E y 437 – J, simplemente porque tales ilícitos no se encuentran tipificados, aplicándose en plenitud al respecto el principio **“nullum crimen nulla poenna sine lege”**, consagrado en el numeral 3 del Art. 77 de la Carta Fundamental, que dispone:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

En consecuencia, la norma penal ecuatoriana es restringida y no aplicable a la autoridad, haciendo hasta cierto punto “irrisorio” el artículo, pues si un Concejo Municipal “a sabiendas” se pronuncia a favor de un proyecto contaminante, son los concejales elegidos por votación directa quienes deberían tener la responsabilidad por el hecho”.

2.3.1. ¿Qué se entiende por funcionario público en la Constitución Política del 2008?

Tal como se señaló anteriormente, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 229 de la Constitución Política del 2008, **“Son servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”**.

Al hablar de dignidad, obviamente que la Carta Fundamental se está refiriendo a los servidores públicos de elección popular, sin embargo, y atendido el principio **“nullum crimen nulla poenna sine lege”**, pese a que como servidor público existe una interpretación amplia desde el punto de vista constitucional, en caso alguno, pese a la supremacía constitucional consagrada en el Art. 424 de la Carta Fundamental, en caso alguno esta supremacía puede implicar una interpretación amplia de los delitos ambientales que específicamente se refieren a “los funcionarios públicos”, no siendo dichas normas aplicables a los servidores públicos de elección popular.

2.3.2. ¿Qué se entiende por Funcionario Público en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa?

De conformidad a lo dispuesto en el Art. 2 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, el Servicio Civil ecuatoriano comprende a los ciudadanos ecuatorianos que ejerzan funciones públicas remuneradas, en dependencias fiscales o en otras instituciones de Derecho Público y en instituciones de Derecho Privado con finalidad social o pública.

Claramente el literal a) del Art. 3 del mismo cuerpo legal, no se comprende dentro del servicio civil “a los funcionarios elegidos por voto popular”.

En consecuencia, las normas legales aludidas, están en contradicción con lo establecido en el Art. 229 de la Constitución Política del 2008, por lo que urge una adecuación normativa no sólo en este cuerpo legal, sino en otros, como el Código Penal, a fin que no exista dudas en cuanto a la responsabilidad penal de los servidores públicos de elección popular.

2.3.3. Responsabilidad penal del funcionario público de conformidad a los Arts. 437 – E y 437 – J del Código Penal

Dos artículos del Código Penal hacen referencia a conductas ilícitas de funcionarios públicos en materia ambiental, como lo son el Art. 437 E y el 437 J, que expresan:

Art. 437 E.- [Sanción a funcionario o empleado público].- *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”.*

Este delito tiene directa relación con los vertidos contaminantes por encima de los límites permitidos por la ley, produciéndose un resultado dañoso donde media una autorización, es decir hay una acción, de parte de un funcionario público que autorizó o que emitió un informe que permitió el actuar ilícito del agente.

Si bien el daño ambiental puede ser producido de manera casual, fortuita o accidental, por parte de la misma naturaleza (rayo que quema un bosque, inundación que afecta a una plantación), el daño que nos interesa caracterizar, es aquel que es generado por una acción u omisión humana que llega a degradar o contaminar el medio ambiente donde haya mediado la intervención de un

funcionario o de un servidor público de elección popular.

Es así como nos encontramos ante un obrar, conducta o comportamiento que deteriora, menoscaba o lesiona el elemento ambiente. Esa conducta humana, activa u omisiva, puede ser voluntaria o involuntaria, dolosa o culposa, pero en el caso de los funcionarios y servidores públicos es esencialmente dolosa, no cabe culpa en una autorización para verter residuos contaminantes o cuando se destina indebidamente las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola a un uso distinto del que legalmente les corresponde, mediando el voto favorable o el informe que haya conducido a ello.

La conducta dañosa del medio ambiente puede devenir de sujetos particulares o privados como del Estado y sus instituciones, llámese administración centralizada y descentralizada. La conducta dañosa del Estado puede ser tanto activa u omisiva. De manera activa cuando por medio de sus funcionarios o servidores, obrando lícita o ilícitamente, en cumplimiento o no de planes debidamente aprobados, causa daño al equilibrio ambiental; y omisiva, cuando, por medio de sus instituciones y funcionarios omite controlar, vigilar, monitorear y sancionar las actividades de los particulares que degradan o contaminan los elementos constitutivos del ambiente.

Art. 437 J [Sanción a funcionario o empleado público que autorice o permita el destino indebido de tierras reservadas].- *Se aplicará la misma pena prevista en el artículo anterior, si el hecho no constituye 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 a un uso distinto del que legalmente les corresponde; así como al funcionario o empleado cuyo informe haya conducido al mismo resultado”.*

Por su parte, el Art. 437 - J *ibidem*, tiene el mismo propósito que el anterior en lo referente a los miembros de un cuerpo colegiado. Sin embargo, esta norma no es aplicable a los concejales de un municipio o a los consejeros de una prefectura, ya que éstos no son considerados empleados ni funcionarios públicos.

En estos artículos se tipifica una figura que encuadra en el prevaricato, dejando en claro que este último delito es descrito en forma tan explícita en el numeral 4 del Art. 277 del Código Penal, que una conducta similar a la descrita en los Arts. 437 E y 437 J *ibidem*, no se contiene dentro del prevaricato, existiendo un vacío legal al respecto que generaría la impunidad. Descartada esa vía cabría ver la posibilidad de accionar por cohecho ya que los Arts. 285 y 286 del Código Penal hace la distinción entre funcionarios públicos y encargados de un servicio público, pudiendo afirmar que se comprenderían dentro de estas últimas disposiciones:

- a. A las autoridades o los funcionarios que actuando por si mismos o como miembros de un cuerpo colegiado autoricen o permitan, contra derecho, el vertido de residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites legales;
- b. Al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al vertido de residuos contaminantes, contra derecho, de cualquier clase de estos por encima de los límites legales;
- c. A las autoridades o los funcionarios que actuando por si mismos o como miembros de un cuerpo colegiado autoricen o permitan, contra derecho, que se destine indebidamente las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola a un uso distinto del que legalmente les corresponde, y
- d. Al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al destino indebido de tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola a un uso distinto del que legalmente les corresponde

No se entrará en detalles, por ser claro el texto del Código Penal, acerca de lo que debemos entender por funcionario público, puesto los Arts. 437 – E y 437 – J del Código Penal, **no comprenden dentro de este concepto a los dignatarios o autoridades elegidos por votación popular.**

El empleado o funcionario público debe actuar dolosamente pues actúa o autoriza contra derecho. La tendencia es similar a la existente en el derecho comparado, como ocurre en España, donde se castiga no sólo a quien tiene la facultad de resolver, sino también al funcionario que debe "informar" , así como al que, con abuso de su cargo, posibilita la resolución otorgando su voto a favor por sí mismo o en un órgano colegiado. Sin embargo, en España se castiga a la **autoridad y al funcionario**, entendiéndose que esta sanción se aplica a cargos de elección popular, cosa que queda en dudas frente al texto penal ecuatoriano.

Por otra parte, el Art. 437 – E sanciona también – con prisión de uno a tres años - si el hecho no constituyere un delito más severo, a quienes actuando por sí mismos y a sabiendas por sí mismo o como miembros de un cuerpo colegiado autoricen o permitan, hubiesen resuelto o votado favorablemente, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes, de cualquier clase, por encima de los límites fijados de conformidad a la ley.

No existen cuerpos colegiados de funcionarios o empleados, salvo alguna comisión especial, pero esta disposición no se refiere en caso alguno a los Concejos Municipales, integrados por concejales de elección popular, o a los Concejos Provinciales que están integrados por una prefecta o prefecto y una vice prefecta o vice prefecto elegidos por votación popular; por alcaldesas

o alcaldes, o concejales o concejales en representación de los cantones; y por representantes elegidos de entre quienes presidan las juntas parroquiales rurales, de acuerdo con la ley, según lo dispone el Art 252 de la Constitución Política del 2008

A su vez, el 437 – J, siguiendo igual tendencia, castiga – con prisión de uno a tres años - a los funcionarios públicos que por sí mismos o como miembros de un cuerpo colegiado autoricen o permitan el destino indebido de tierras reservadas como e protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a un uso distinto al que legalmente les corresponde. Igualmente sanciona a los funcionarios o empleados cuyo informe u opinión haya conducido a ése resultado, pero ello, no dice relación con los servidores públicos de elección popular.

2.3.4. Responsabilidad civil y administrativa del funcionario público de conformidad a la Ley de Gestión Ambiental y otras disposiciones legales

Tal como se expuso anteriormente, el **Art. 233 de la Constitución Política del 2008**, establece que ***“ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”***.

Pese a la redacción de la norma constitucional se colige que en caso de daño ambiental, también el servidor público será responsable administrativa y civilmente. En general, ello tiene directa relación con los incisos 2 y 3 del numeral 9 del Art. 11 de la Constitución Política del 2008, que dispone:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

En concordancia con todo lo anterior, el Capítulo I de la Ley de Gestión Ambiental Ecuatoriana, específicamente el Art. 43, dispone:

Art. 43 : *Sin perjuicios de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.*

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago que por reparación civil corresponda se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.

Podemos apreciar que verificado el daño ambiental, coexiste la obligación civil de indemnizar, la responsabilidad administrativa y la penal. Entonces podemos concluir que la responsabilidad civil por daño ambiental es objetiva, ya que, independiente de la indagación de culpa del agente, el contaminador está obligado a indemnizar o reparar los daños causados, lo que concuerda en plenitud con la Constitución Política actualmente vigente.

En lo referente a la responsabilidad administrativa, sin perjuicio de las acciones ejercidas en contra del funcionario público, puede a su vez incoarse en su contra un procedimiento administrativo que genere en su contra sanciones tipificadas en la norma administrativa correspondiente.

2.4. CONCEPTO Y RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR EN EL DERECHO NACIONAL RELACIONADO CON LOS DELITOS AMBIENTALES

Las únicas normas que hacen referencia a la responsabilidad de los servidores públicos de elección popular son las contemplada en la Constitución Política del 2008 y a las que se ha hecho referencia anteriormente. En efecto, el **Art. 233 de la carta fundamental de la República señala, que “ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”.**

Al investigar los delitos ambientales, en caso alguno se entiende que los servidores públicos de elección popular serán sancionados por los ilícitos ambientales contemplados dentro del Código Penal, específicamente en lo que dice relación con los Arts. 437 – E y 437 – J, no pudiendo hacerse una interpretación extensiva de las disposiciones, por una serie de razones. En primer lugar, no se encuentra tipificado el delito ambiental del servidor público de elección popular y por mucho que se interprete extensivamente la norma y pese a la supremacía constitucional, en caso alguno se podrá incoar acción penal por esos delitos en contra de un servidor público de elección popular. Más aún, en virtud del principio pro reo, se aplicaría, en todo caso, la ley más favorable, interpretándose a favor del referido servidor.

En todo caso, y dependiendo del actuar del servidor, habría que analizar si procede una acción penal por prevaricación o por cohecho, aunque ello no resulta de fácil aplicación, por no tratarse de un tipo específico relacionado directamente con las materias ambientales.

CAPÍTULO 3

DE LAS ACCIONES AMBIENTALES

3.1.- CONCEPTO DE ACCIÓN.-

Es principio fundamental de derecho que de todo delito nazca una acción penal para el castigo del culpable, y, obviamente, una acción civil para obtener en resarcimiento de los daños, ello sin perjuicio de la acción administrativa que proceda contra el funcionario público y de la nueva acción constitucional toda vez que al existir un daño al ambiente, se está atentando contra el derecho humano a vivir en un ambiente sano.

Concuerda lo anterior con lo dispuesto en el Art. 8 de la Declaración Universal de Derecho Humanos que establece que: ***“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”.***

Dando un atisbo de la naturaleza jurídica de la acción, nos adentraremos en las acciones de protección ambiental.

3.2. ACCIONES CONSTITUCIONALES

3.2.1. Acción de Protección

Conforme lo establece el Art. 88 de la Constitución Política del 2008 La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

En el caso de esta acción tiene la particularidad que procede contra las autoridades de elección popular, de nombramiento, de funcionarios públicos e incluso de una persona particular, cuando se vulneren los derechos fundamentales.

En este sentido, la Constitución del 2008 ha previsto un procedimiento sencillo para las acciones protectoras de las garantías constitucionales en el Art. 86, en cuya virtud cualquier persona o grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad puede concurrir ante la jueza o juez donde se origine el acto u omisión, o donde se producen sus efectos, existiendo para ello:

- a) Un procedimiento será sencillo, rápido, eficaz y oral en todas sus fases e instancias.
- b) Un procedimiento donde serán hábiles todos los días y horas.
- c) Un procedimiento en el cual se podrá proponer la acción oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida, no siendo indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.
- d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.
- e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.

Según el numeral 3 del Art. 86, una vez presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

Respecto de la falta de ejecución de la sentencia por parte de las servidoras o servidores públicos, claramente el numeral 4 del Art. 86 dispone: ***“Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley”.***

Destaca en el procedimiento el Art. 87 toda vez que ***“se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.***

El Art. 87 es de suma importancia debido a que las materias ambientales requieren la suspensión inmediata de las actividades, como ocurriría con vertidos venenosos a las aguas de un río que sirve de fuente de agua potable a las personas que viven en sus riberas. Obviamente que si se esperara como en el procedimiento ordinario que “se calificara la petición”, esta demora podría significar la muerte de muchas personas.

3.2.2. Acción extraordinaria de protección

Según el Art. 94 de la Constitución Política del 2008 la acción extraordinaria de protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. Este recurso procede cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

3.3.- ACCIÓN PENAL AMBIENTAL

La relevancia del derecho a vivir en un ambiente sano ha originado una legislación más rígida sobre las materias ambientales, a fin de sancionar las prácticas abusivas contra el medio ambiente. El Ecuador, siguiendo las tendencias mundiales, al dictar la Ley de Gestión Ambiental introdujo el capítulo XA que trata “**De los delitos contra el medio ambiente**”, en nuestro Código Penal, en su Libro II que trata “De los delitos en particular”, Título V referido a “Los delitos contra la seguridad pública” sin perjuicio que en la Constitución Política de la República existe, como se trató oportunamente una serie de normas de relevancia ambiental.

Aventajando a legislaciones ambientales foráneas, el Ecuador, mediante la ley de Gestión Ambiental evitó caer en la falencia de restringir la acción a las garantías individuales, protegiendo los derechos ambientales individuales y colectivos, lo que significa un paso muy importante para el “**derecho de todos a vivir en un ambiente sano**”.

Digno es de destacar el texto de los Arts. 41 y 42 de la ley de Gestión Ambiental que expresamente establecen:

Art. 41.- Con el fin de proteger los derechos ambientales individuales o colectivos, concédase acción pública a las personas naturales, jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente, sin perjuicios de la acción de amparo constitucional previsto en la Constitución Política de la República.

Art. 42.- Toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, previa fianza de calumnia, que se inicien por infracciones de carácter ambiental, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos.

El Presidente de la Corte Superior del lugar en que se produzca la afectación ambiental, será el competente para conocer las acciones que se propongan a consecuencia de la misma. Si la afectación comprende varias jurisdicciones, la competencia corresponderá a cualquiera de los presidentes de las cortes superiores de esas jurisdicciones.

Se desprende de los referidos artículos que las acciones ambientales pueden impetrarse por personas naturales, jurídicas e incluso “grupos humanos” para hacer la denuncia de carácter penal ambiental, sin perjuicio de la acción de amparo constitucional.

Sui generis, entonces, es la forma de solicitar la intervención de la justicia en estas materias, según se infiere del inciso final del Art. 42 de la Ley de Gestión Ambiental, pues el competente para conocer de las acciones donde haya afectación ambiental es el Presidente de la Corte Superior respectiva y si la competencia correspondiere a varios presidentes, cualquiera de ellos tendrá la competencia para conocer del caso.

En materia penal ambiental, siguiendo el Art. 42 del Código de Procedimiento Penal, toda persona que tome conocimiento de un delito penal ambiental, debe presentar su denuncia ante la Policía Judicial (art. 43 C.P.P.) o ante el Fiscal Competente, pero siguiendo a la Ley de Gestión Ambiental, quien conoce de la causa es el Presidente de la respectiva Corte Superior de Justicia.

Atendido que la denuncia sólo puede interponerse ante la Policía Judicial o el fiscal competente. En el caso del Fiscal, según el Art. 25 del Código de Procedimiento Penal, dirigir la investigación pre procesal y procesal penal, pero coordinando la materia con la Ley de Gestión Ambiental, si el fiscal hallare como resultado de la investigación preprocesal o por cualquier otro medio, fundamento para imputar a persona determinada la participación de un delito de acción penal ambiental pública, proceder conforme al Art. 217 del C.P.P., pero según el Art. 42 inciso 2º de la Ley de Gestión Ambiental, la resolución de inicio de instrucción, en virtud de esta ley especial, debe ser notificada al Presidente de la Corte Superior, **pues el conocimiento de las acciones penales ambientales es de su competencia**, de acuerdo al expreso texto de la ley.

En consecuencia, hecha la denuncia ante la Policía Judicial, ésta la debe remitir al Fiscal competente; asimismo, hecha la denuncia ante el Fiscal, para que éste la acoja a tramitación, el primer requisito es que la denuncia tiene que hallarse fundamentada en afirmaciones jurídicamente relevantes y fundamentada, remitirla para su conocimiento, de acuerdo a la Ley de Gestión Ambiental al Presidente de la Corte Superior respectiva.

Resulta confusa la legislación existente, pues mientras la Ley de Gestión Ambiental faculta al Presidente de la respectiva Corte Superior para conocer de la acción penal ambiental, el Art. 437 – K del Código Penal faculta al juez penal para ordenar medidas cautelares como la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate.

3.4.- ACCIÓN CIVIL AMBIENTAL-

El Art. 43 de la Ley de Gestión Ambiental regula la acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente y otros bienes o derechos, estableciendo que están facultados para interponer esta acción civil las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa, según se desprende del inciso 1º de su texto, que es el siguiente:

Art. 43.- *Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.*

Pero también el Estado como Poder Público puede ser sujeto activo de la acción de reparación del daño ecológico, ya que el ambiente constituye un patrimonio común.

Pero la Ley de Gestión Ambiental, no contempló un artículo específico y exigible acerca de la indemnización concerniente a la indemnización de daños, existiendo solamente a título casuístico el caso del inciso 2 del Art. 81 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, inciso añadido por Ley 99-37, (R.O. 245, 30-VII-99).- que señala:

“Si la tala, quema o acción destructiva, se efectuare en lugar de vegetación escasa o de ecosistemas altamente lesionables, tales como manglares y otros determinados en la Ley y reglamentos; o si ésta altera el régimen climático, provoca erosión, o propensión a desastres, se sancionará con una multa equivalente al cien por ciento del valor de la restauración del área talada o destruida”.

Una generalización del precepto anteriormente citado puede advertirse en la parte final del inciso 2º del Art. 14 de la Constitución Política del 2008, se establece como norma **“la recuperación de los espacios degradados”**, principio al que debe dársele el debido sustento legal, para que tenga aplicación general, artículo que está en concordancia con el Art. 72 íbidem, que establece:

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 dependen 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.

La Constitución del 2008 en este aspecto, ha significado un gran avance, aunque debe este precepto constitucional sustentarse de las normas suficientes que haga efectivo este derecho.

En concordancia con todo lo anterior, el Capítulo I de la Ley de Gestión Ambiental Ecuatoriana, específicamente el Art. 43, dispone:

Art. 43 : *Sin perjuicios de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.*

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago que por reparación civil corresponda se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.

Podemos apreciar que verificado el daño ambiental, coexiste la obligación civil de indemnizar, la responsabilidad administrativa y la penal.

Entonces podemos concluir que la responsabilidad civil por daño ambiental es objetiva, ya que, independiente de la indagación de culpa del agente, el contaminador está obligado a indemnizar o reparar los daños causados.

3.5.- ACCIÓN ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

El Capítulo II de la Ley de Gestión Ambiental se refiere a “LAS ACCIONES ADMINISTRATIVAS Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS”, siendo necesario, previamente, circunscribirlas al tenor del Art. 43 de dicho cuerpo legal.

El particular afectado por un acto administrativo recurre contra él administrativamente, y agotada esa vía, puede acceder a la judicial, interponiendo una acción. Quien titulariza una situación jurídica administrativa (derecho subjetivo, interés legítimo), puede defenderla en juicio...De la sede administrativa a la sede judicial no hay recursos sino **acciones** pues no se trata de una simple revisión de lo actuado sino de la jurisdicción plena del tribunal para revisar, para repasar en todo su alcance y plenitud el acto administrativo cuestionado o impugnado.

3.5.1.- Acción administrativa

En la práctica, se confunden los recursos contencioso – administrativos o acciones procesales administrativas de plena jurisdicción y las de anulación. Por tal razón, nuestro legislador unifica las acciones procesales administrativas, excluyendo su nomenclatura y sobre la base de un trámite común, habilitarlas en todos los casos para la defensa de un derecho subjetivo o interés legítimo; y basados en la pretensión procesal y la prueba substanciada serán los efectos y alcances de la sentencia.

De acuerdo al inciso 1º del Art. 43 de la Ley de Gestión Ambiental, nace para todo afectado, por un acto u omisión funcionaria, una conducta administrativa, el derecho a recurrir ante el superior jerárquico del funcionario para que aplique las sanciones correspondientes.

Este actuar funcionario implica una arbitrariedad, tal como permitir contaminar etc., sin que exista una resolución expresa de la administración, o, también una omisión consistente en una falta de control sea dolosa o imprudente.

En general, una acción administrativa, siguiendo el tenor del señalado artículo y la doctrina, implica recurrir, en nuestro caso, al superior jerárquico del funcionario público que por su acción u omisión haya incumplido las normas de protección ambiental, según se desprende del inciso 1º del Art. 44:

“Cuando los funcionarios públicos, por acción u omisión incumplan las normas de protección ambiental, cualquier persona natural, jurídica o grupo humano, podrá solicitar por escrito acompañando las pruebas suficientes al superior jerárquico que

imponga las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales a que hubiere lugar.

En este caso, es el superior jerárquico del funcionario, quien, analizada la conducta aplica las sanciones pertinentes, sin perjuicio de otra clase de acciones que procedan. Debe destacarse que el superior jerárquico, de conformidad al inciso 2º de la referida disposición tiene plazos fatales para pronunciarse sobre la petición presentada en contra del funcionario público:

“El superior jerárquico resolverá la petición o reclamo en el término de 15 días, vencido el cual se entenderá, por el silencio administrativo, que la solicitud ha sido aprobada o que la reclamación fue resuelta en favor del peticionario”.

Sin embargo puede acontecer que el silencio del superior, pese a que la ley, establece que la reclamación se resuelve a favor del peticionario no surta los efectos que se pretende respecto de las sanciones administrativas que corresponden al funcionario.

En este sentido y atendido que el reclamo es una forma de Derecho de Petición, procedería de conformidad a lo dispuesto en el Art. 28 inciso 3º de la Ley de Modernización del Estado, en concordancia con el Art. 212 del Código Penal, reprimir al superior jerárquico con multa y prisión de uno a seis meses, puesto que esta autoridad está impidiendo el libre ejercicio del derecho de petición.

Debe destacarse que el afectado por la arbitrariedad funcionaria del agente como de su superior jerárquico, está facultado para denunciar penalmente al superior jerárquico que no se pronuncia dentro de plazo de conformidad al art. 28 de la ley de Modernización del Estado, pues en virtud de la falta de pronunciamiento y de la dilación al derecho de petición el superior jerárquico puede ser severamente sancionado.

La acción administrativa, como toda acción emanada de un acto u omisión funcionaria, es el medio de actuar a fin de obtener la tutela de un derecho subjetivo y un interés legítimo, sea este individual o colectivo, ya que el bien jurídico protegido en materia ambiental es el derecho a vivir en un medio ambiente sano.

3.5.2.- Acciones contencioso administrativas

En este caso estamos frente a un conflicto jurídico que nace producto de un acto de la autoridad

administrativa, podría acontecer que la autoridad administrativa ordene una evaluación de impacto ambiental y omita deliberada o imprudentemente la participación ciudadana en esta materia, la cual aunque hoy no es obligatorio, puede generar el reclamo correspondiente

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Urgente es en el Ecuador una verdadera “Revolución Ambiental” en donde a las normas existentes, por mientras, se les provea de acciones y procedimientos breves y eficientes, destacándose un gran avance en el texto constitucional del 2008.

Para complementar lo anterior se requiere una preparación ambiental de jueces, fiscales, profesionales del Derecho, autoridades judiciales y policiales, a fin que pueda legalmente detenerse la depredación existente y se haga realidad el **derecho a vivir en un ambiente sano**.

En materia ambiental son estériles los esfuerzos cuando al contar con una norma adecuada, ésta carece de la eficacia en su cumplimiento, ya sea por falta de control adecuado, por inexistencia de reglamentos que complementen la ley o por desidia como acontece con el Art. 1º transitorio de la Ley de Gestión Ambiental donde el Ministerio de Educación nada ha hecho pese a ordenarlo la ley, respecto de la implantación en todos los programas educacionales de las materias ambientales. Pero lo más grave radica en la impunidad o falta de severidad de las leyes penales ambientales contra los servidores públicos de elección popular o de los funcionarios públicos, ya que ellos con su quehacer son quienes deben velar, en nombre del Estado para que vivamos en un ambiente sano, pudiendo advertirse que el gran contaminador y devastados de nuestro ambiente es el propio Estado ecuatoriano y sus concesionarias petroleras.

En cuanto a la labor jurisprudencia ambiental, no existe en nuestro país la cantidad suficiente de sentencias que hagan patente la posición de nuestra judicatura frente al **Derecho a vivir en un ambiente sano**, al contrario, las pocas sentencias existentes no han favorecido ni revelan una entereza favorable a una adecuada protección ambiental.

En relación a aspectos doctrinarios, son escasísimos los autores nacionales relacionados con el Derecho Ambiental y la Ecología, debiendo recurrirse a autores, jurisprudencia y legislación extranjera. Es más, en las bibliotecas de las más importantes Facultades de Derecho de las universidades del país se carece de textos que permitan proporcionar una visión amplia y permitir la investigación jurídico ambiental. Es más, como se dijo anteriormente, ni siquiera existe la cátedra de Derecho Ambiental.

Si a la ley le atribuimos un carácter “moralizador” de la conducta humana, la ley ambiental en nada ha contribuido a ello, pues las disposiciones casuísticas que nos rigen si bien tienen un efecto

intimidatorio, carecen de la eficacia suficiente por la absoluta falta de control de los organismos competentes, en el cual hay funcionarios y servidores públicos que pueden tomar decisiones que afecten al ambiente y que están expuestos a débiles sanciones e incluso pueden verse beneficiados por la impunidad que significa que no se haya tipificado debidamente los delitos correspondientes.

En resumidas cuentas, para tornar viable una sociedad sostenible el Estado ha creado una legislación más rigurosa de la que existía, estableciendo diversos delitos ambientales, a los cuales se acompaña de penas extremadamente severas, si las comparamos con las irrisorias sanciones que contenía la primitiva legislación sobre la materia.

Recomendaciones.-

La labor es ardua, ya que mediante el presente trabajo se ha buscado dejar al descubierto una serie de falencias del Derecho Ambiental nacional, las cuales podrían subsanarse mediante la aplicación de las siguientes recomendaciones:

1. Formulación de un –Capítulo de Delitos Ambientales amplio en el Código Penal en la cual se responsabilice a las autoridades públicas de elección popular por las decisiones contra el ambiente y a las personas jurídicas
2. Establecer, como en la legislación canadiense penas de prisión o multa, y, en el caso de gravedad prisión y multa, pero con unas multas que realmente sean del suficiente monto para que los eventuales infractores teman a las disposiciones legales.
3. Revisar y reforzar el marco jurídico en materia de medio ambiente y recursos naturales vigente, promoviendo su difusión, y la eficiente operatividad de las mismas.
4. Que el Capítulo XA sobre Delitos Ambientales del Código Penal, además de ser mejorado, sea el primer paso para un Código del Ambiente donde se contengan todas las acciones por las cuales pueda defenderse el derecho al medio ambiente sano, junto con procedimientos claros que permitan al ciudadano ser un gestor activo en la protección ambiental.
5. Desarrollar y promover los mecanismos que aseguren la participación y corresponsabilidad de la sociedad en la protección, conservación y aprovechamiento responsable del medio ambiente y recursos naturales.
6. Estudiar y comparar la legislación de otros Estados y/o Naciones, que pudieran aportar elementos de provecho para la legislación nacional.
7. Establecer obligatoriamente en todos los niveles educacionales materias ambientales para crear conciencia a fin de vivir en plenitud el derecho a vivir en un ambiente sano.
8. Promover la variable ambiental como obligatoria en la definición de las estrategias económicas y sociales del país, pues aun cuando está contemplada en la Constitución Política, esta norma no se aplica en su totalidad.
9. Implementar en todas las Facultades de Derecho la cátedra de Derecho Ambiental, a fin de ir

creando especialistas, que se proyecten a futuro para que se cuente con fiscales y tribunales ambientales.

10. Implementar en la Policía Nacional un cuerpo de policías ambientales debidamente preparados sobre las materias ecológicas y de la legislación ambiental vigente.
11. Establecer un sistema de incentivos tributarios y económicos a los industriales que reemplazan sus maquinarias contaminantes por maquinarias ecológicas.
12. Establecer un sistema de incentivos tributarios y económicos – léase créditos bancarios - a los agricultores que utilicen productos ecológicamente aceptados.
13. Vigilar la actuación del Poder Ejecutivo en materia de medio ambiente y recursos naturales.
14. Vigilancia y evaluación de las actividades relacionadas con medio ambiente y recursos naturales del resto de las instituciones de la Administración Pública
15. Aumentar las penas a los traficantes de madera, taladores clandestinos y traficantes de especies, quedando como delitos graves y elevar las penas por esos delitos.

Todo lo anterior, lleva a pensar a muchos en que estaríamos estableciendo “disposiciones despóticas” en circunstancias que son las medidas para salvar el planeta. Estas disposiciones “despóticas” son la orientación correcta para mejorar la calidad de vida, ambientalmente hablando. La debilidad y la burocracia deberán permanecer marginadas de las medidas ambientales, siendo vital el rol de un legislador responsable y conocedor del problema

BIBLIOGRAFÍA

1. **ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE INGENIERÍA SANITARIA Y CIENCIAS DEL AMBIENTE (AIDIS):** *Delitos Ambientales Investigación, Detección y Radicación de Cargos.* Esta es la versión html del archivo [http://www.aidis.org.br/ span /images_ span/ pps/9Delitos_Ambientales.PPT](http://www.aidis.org.br/span/images_span/ppp/9Delitos_Ambientales.PPT)
2. **BARBOSA MOREIRA, José Carlos :** *La protección jurídica de los intereses colectivos ,* Revista de Derecho Administrativo, vol. 139, 1980.
3. **BRAILOSKY Antonio Elio:** *Delitos Ecológicos y Seguridad Ambiental - Ecoportal.net* www.ecoportal.net/defensorecologico
4. **CARRARA, Francesco:** *Programa del Curso de Derecho Criminal (traducción de Sebastián Soler),* Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1944.
5. **CENTURIÓN MORÍNICO, Ubaldo:** *“El Estado de Eerecho.los desafíos del mundo de hoy”.* Disertación del autor incorporarse como miembro correspondiente en Paraguay, a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas ,en sesión privada del 23 de octubre de 2002
6. **COLMENARES OLÍVAR, Ricardo:** *La protección del medio ambiente en el proceso penal venezolano.* Esta es la versión html del archivo [http://www.corpoandes .gov.ve/files/ imagenes/f_ile/descargas/ conferencias/PONENCIA%20AMBIENTE%20 MERIDA%202008.pdf](http://www.corpoandes.gov.ve/files/imagenes/f_ile/descargas/conferencias/PONENCIA%20AMBIENTE%20MERIDA%202008.pdf)
7. **COUSIÑO MAC IVER, Luis:** *Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1975
8. **DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA:** Microsoft® Encarta® 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.
9. **JIMENEZ DE ASÚA, Luis:** *Tratado de Derecho Penal, Tomo III “El Delito” ,* Ediciones Losada S.A., 5ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1992.

10. **KIMMERLING, Judith:** *La TEXACO en el Ecuador. Contenido en el Capítulo I de la obra de la Fundación "Acción Ecológica", "El Ecuador Post Petrolero". Esta es la versión html del archivo http://www.accionecologica.org/descargas/areas_/petroleo_/documentos/LIBRO.doc*
11. **LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (B.O.E. núm 281, de 24 de noviembre de 1995;**
12. **MITCHELL, JOHN G. y STALLINGS, CONSTANCE:** *Reto a la contaminación, Editorial Pax – México, 1972*
13. **MORALES PRATS, Fermín:** *Responsabilidad penal por contaminación ambiental. Esta es la versión html del archivo <http://seminari.fmc.cat/ARXIUS/autors00-01/05.doc>*
14. **MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio:** *Diccionario de Ciencias Penales, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2001*
15. **PARLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA:** *Establecimiento de delitos ambientales a nivel europeo. <http://es.noticias.yahoo.com/efe/20080521/tsc-la-ue-establece-sanciones-penales-co-23e7ce8.html>.<http://www.europarl.es/>*
16. **SERRANO PÉREZ, Vladimir:** *Ecología y Derecho. Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales (FESO), Ed. Artes Gráficas Señal, Quito, Ecuador, 1988.*
17. **TRATADO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE,** *Rezza Editores S.A., Coecillo -León, Guanajuato, México, 1993, Tomo I*

INDICE

Portada	I
Declaración de autoría	II
Autorización del Director	III
Cesión de Derechos de Autor	IV
Agradecimiento	V
Dedicatoria	VI
Estructura General del contenido	1
Introducción	3
Marco Teórico y Planteamiento de la Hipótesis de Trabajo	14
Capítulo I : “De los delitos contra el Medio Ambiente”	14
Capítulo II: “Funcionarios Públicos y Servidores de Elección Popular en el Ecuador y en el Derecho Comparado	33
Capítulo III: “De las Acciones Ambientales”	44
 	53
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
 	57
BIBLIOGRAFIA	
 	59
INDICE	