

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica Particular de Loja

**ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
MODALIDAD ABIERTA Y A DISTANCIA**

POSTGRADO ESPECIALIDAD EN DERECHO AMBIENTAL

**CONFLICTIVIDAD LEGAL EN LA APERTURA DE INVESTIGACIONES
SOBRE INFRACCIONES AMBIENTALES EN EL CANTÓN CUENCA**

DIRECTOR:

Dr. Hugo Echeverría Villagómez

AUTOR:

Rommel Paúl Molina Coronel

LOJA - 2010

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica Particular de Loja

**ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
MODALIDAD ABIERTA Y A DISTANCIA**

POSTGRADO ESPECIALIDAD EN DERECHO AMBIENTAL

**CONFLICTIVIDAD LEGAL EN LA APERTURA DE INVESTIGACIONES
SOBRE INFRACCIONES AMBIENTALES EN EL CANTÓN CUENCA**

DIRECTOR:

Dr. Hugo Echeverría Villagómez

AUTOR:

Rommel Paúl Molina Coronel

LOJA - 2010

Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor

Rommel Paúl Molina Coronel

Yo, Rommel Paúl Molina Coronel, declaro conocer y aceptar 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”

Rommel Paúl Molina Coronel

Dr. Hugo Echeverría Villagómez

DOCENTE – DIRECTOR DE LA TESINA

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación, realizado por el estudiante, Rommel Paúl Molina Coronel, 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, 8 de julio del 2010

Dr. Hugo Echeverría Villagómez

DEDICATORIA

En homenaje a quienes ponen en riesgo su vida para que la transparencia de la naturaleza siga iluminando sus senderos de lucha.

ÍNDICE	Pág.
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I	
EL MARCO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL JUZGAMIENTO DE LAS INFRACCIONES CONTRA EL AMBIENTE EN EL ECUADOR	6
1.1. El Principio de Legalidad	12
1.2. El Principio <i>no bis in idem</i>	14
1.3. El Derecho de Repetición	18
CAPÍTULO II	
ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE SOBRE INFRACCIONES AMBIENTALES RECURRENTE EN EL CANTÓN CUENCA	24
Educación Ambiental y Leyes Secundarias: un reto a construir en el futuro	26
2.1. Infracciones Administrativas Ambientales.	
Organismos Competentes para la Investigación y Sanción.	
El Debido Proceso	29
2.2. Infracciones Penales Ambientales.	
Organismos Involucrados en la Persecución Penal	34
2.3. Diferencias entre la Infracción Ambiental Administrativa y la Ilícitud Penal Ambiental	36
CAPÍTULO III	
PROPUESTA PARA UNA CONCENTRACIÓN DE LAS ACTIVIDADES INVESTIGATIVAS FRENTE A LOS ATENTADOS CONTRA EL AMBIENTE EN EL CANTÓN CUENCA	39
CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRAFÍA	47

RESUMEN DEL CONTENIDO DE LA TESINA

El tema investigado, “Conflictividad Legal en la Apertura de Investigaciones sobre Infracciones Ambientales en el cantón Cuenca”, permitirá que los operadores del control ambiental del cantón Cuenca, cuenten con reflexiones profundas destinadas a corregir una serie de irregularidades relacionadas con el inicio y ulterior manejo de expedientes tan pronto se conozca sobre el cometimiento de infracciones y delitos ambientales. La sustentación del presente estudio recoge los principios del neoconstitucionalismo contemplados en nuestra Carta Fundamental, para reformular la garantía del *no bis in idem* en las reacciones conflictivas –competenciales- de los operadores de la justicia ambiental. Sobre el análisis de un grave caso de impunidad en materia penal, se plantea la necesidad de elevar los niveles de ponderación cuando de peticionar medidas cautelares o alternativas procesales penales se trate, por ello se analiza la filosofía del minimalismo penal frente a los ataques a la naturaleza y la categoría del bien jurídico protegido. Los recursos que se han utilizado en la investigación fluyen tanto de la Fiscalía, el Ministerio del Ambiente y la Municipalidad de Cuenca, entes que concurren tíbiamente para el control de ataques al ambiente desde el prisma del Derecho Administrativo y Penal. Dimensionada la conflictividad de dichas actuaciones, evidenciaremos cómo la normativa administrativa colisiona con el Derecho Penal, porque debido a su data de vigencia, no guarda sintonía con la normativa prevalente que hoy protege derechos colectivos relacionados con la custodia del ambiente en su proyección tutelar -como derecho fundamental- *a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado*. En la recolección de la investigación administrativa, a parte del estudio de la doctrina, constitucional, penal y ambiental, se ha utilizado la exploración de campo –metodología inductiva- las técnicas de entrevista, la observación *in situ*.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como motivación básica nuestra constante preocupación sobre la administración de justicia en materia ambiental, su relación con las actividades antrópicas, educativas y su incidencia en nuestra vida familiar, comunitaria e institucional.

Esta trilogía de ámbitos culturales escogidos, (entendiendo la cultura como todo aquello que el hombre desarrolla en sus periodos vitales) son los espacios más importantes para redefinir el tratamiento que estamos dando a los temas ambientales en lo cotidiano; sobre todo, porque el respeto a los derechos de la naturaleza y a los derechos humanos, son parte importante de la agenda constitucional asignada a los ecuatorianos como deberes que deben ser gramaticalmente cumplidos según el meridiano mandamiento del Art. 83 de la Constitución vigente.

El panorama de lo que se esté haciendo u omitiendo frente a los deberes de tuición de los bienes jurídicos ambientales por parte de las instituciones públicas del cantón Cuenca y de la Fiscalía del Azuay, nos darán pautas para reflexionar cómo vivimos, qué saberes tenemos, cuáles son nuestros patrones culturales; pero, sobre todo, verificaremos cómo teniendo recursos jurídicos tan importantes -la Carta Fundamental y el Código Penal- la cobertura de los derechos primordiales de convivencia respetuosa y armoniosa con la naturaleza tiene una tenue aplicación.

Evidenciar este entorno circunstancial desde el prisma del Derecho, posibilitará cuestionar nuestras prácticas jurídicas, reformular los valiosos dispositivos legales con los que contamos para obligar a que los organismos pertinentes plasmen principios y normas, con la oportunidad y vehemencia que hoy en día exige el programa de protección de la naturaleza y, además, profundizando en este afán, sugeriremos el mejoramiento o el diseño de nuevas instituciones.

Con la convicción de que sólo en esta persistencia, cumplimos con el deber de mantener ordenadamente nuestros hábitats, abogaremos por la institucionalización de una obligatoria cultura ambiental en nuestro país. Siempre es bueno recordar que los saberes, las ideas, los conocimientos producen hechos, construyen, justifican o movilizan realidades, determinan la

institucionalidad¹. Este empeño es además gratificante puesto que nos permite reconstruir, reformular nuestra relación con la naturaleza.

Para las redefiniciones de roles institucionales y de actitudes jurídicas ciudadanas, partimos de las siguientes ideas fundamentales: el ambiente es un bien jurídicamente protegido en donde se produce la interacción de diferentes elementos, fenómenos, procesos naturales, socio-económicos y culturales que condicionan la vida y el estado de los componentes abióticos en una simbiosis integradora y sistémica. La naturaleza, en cambio, es el ámbito primordial de la vida, conjunto de todo lo que existe o se produce sin mediar la intervención humana².

En este contexto requerimos plantearnos otra premisa conceptual: la de que el hombre pertenece a la naturaleza, que somos parte de ella al igual que otros organismos que la habitan. Vivimos en la tierra. Ergo, la tierra no nos pertenece como equivocadamente sostiene –el coterráneo- Hernán Salgado Pesantez³, pues en la hipótesis no consentida de que podríamos desaparecer como especie humana, el planeta continuaría sin nuestra presencia reproduciendo todos sus ciclos naturales, esto es, dando vida.

Por todo lo anotado nuestro comportamiento cultural (nuestra cosmovisión sobre los derechos y deberes constitucionales), es la mejor pauta para intentar un auto diagnóstico crítico sobre nuestras actitudes jurídicas, nuestras debilidades y fortalezas frente al trato fáctico y jurídico del ambiente. Además nos apoya también en la comprensión de los niveles educativos que hemos alcanzado en este tema y a rendir un test elemental sobre el cumplimiento de nuestros deberes con la naturaleza.

El presente trabajo, no se reducirá a la denuncia, esto es a evidenciar problemas, sino que planteará sugerencias destinadas a proyectar nuestra vida en los contextos señalados, para interrogarnos si en nuestras rutinas vitales -en todo tiempo y en todo lugar- mantenemos sintonía

¹ CARBONELL Miguel, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Primera edición, 2008, p. 18

² JAKENOD Silvia, *Derecho Ambiental*, Dykinson, 2004, p. 41

³ SALGADO Hernán, *La Nueva Dogmática Constitucional en el Ecuador*, www.juridicas.unam.mx. acceso diciembre del 2009

con el programa número uno de la humanidad en cuanto a protección del ambiente: el desarrollo sustentable.

Destacaremos además la incidencia de los principios ecuménicos del derecho ambiental en nuestra cultura jurídica, puesto que estos están instalados con mucho vigor en las argumentaciones de todo ámbito del conocimiento humano y además porque solo así las resoluciones responderán a las exigencias del Art. 767.I de la constitución.

El análisis del diagnóstico y su proyección jurídica contará además con el apoyo del derecho comparado pues cotejaremos nuestra realidad jurídica con la metodología investigadora del Derecho europeo, particularmente con la legislación española que ha elaborado una importante legislación ambiental destinada a controlar los actuales insolubles problemas del ambiente. Esta normativa que está vigente desde el siglo pasado (año 1978 cuando se promulgó la constitución española), está nutrida de toda la corriente ambientalista que se generó en la UE a raíz de los graves problemas generados principalmente por la contaminación de los mares.

Pondremos también énfasis en la necesidad de suprimir la duplicidad de esfuerzos que son tangibles en nuestro ordenamiento procesal así como sustentaremos el respeto irrestricto del principio *no bis in idem*, porque, como ocurre en la actualidad, de mantenerse dualidades de tipicidad en las normas sancionadoras (el tratamiento que hace el Código Penal y la Ley Forestal sobre los incendios de vegetación y/o bosques) continuarán trabadas las acciones persecutorias tanto de las autoridades administrativas del ambiente como las de la Fiscalía, lo que se ha traducido, a priori, en una insignificante tasa de veredictos condenatorios.

En el desarrollo del presente estudio se visualizarán además las inconsistencias del régimen de control institucional-policial del cantón Cuenca, teniendo como referencia de estudio el área natural protegida del Parque Nacional Cajas, que es el escenario más útil para evidenciar los desajustes de nuestra cultura educativa y jurídica respecto del ambiente.

Desde otra perspectiva, para verificar la calidad de la gestión ambiental y de las respuestas judiciales dadas a los atentados contra los bienes jurídicos ambientales, analizaremos los expedientes de indagación previa de la Fiscalía encargada de la tutela del ambiente en la provincia del Azuay.

Continuaremos afianzados en la idea de que derecho y educación son herramientas idóneas al servicio de una sociedad y de cultura respetuosa de la naturaleza como bien común, porque como plantea con enorme fundamento la profesora Silvia Jaquenod, esta ciencia está reconocida como un instrumento del poder: “(...) *un componente importante de la institucionalidad que tiene relación directa con la cultura, con la política y con la moral dominante...algo vivo, creado, interrelacionado y modificable*⁴. Por eso acota sobre la necesidad pedagógica de formar profesionales que estén:

“...capacitados desde la interdisciplinariedad que enseñen legislación, jurisprudencia y derecho ambiental con la seguridad que respalda un enfoque comprensivo de la realidad: esta estrategia conducirá a la solución de problemas ambientales, minimizándose el margen de duda o riesgo en el momento de adopción de decisiones...”⁵

⁴CARBONELL, Miguel, op.cit., p.19.

⁵JAQUENOD de Sösögon, Silvia, *Problemática Ambiental y Aspectos Generales de la Variable Ambiental*, Guía Didáctica, Módulo I; UTPL; 2008, p. 197.

CAPÍTULO I

EL MARCO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL JUZGAMIENTO DE LAS INFRACCIONES CONTRA EL AMBIENTE EN EL ECUADOR

Un atentado contra el ambiente o contra la naturaleza que alcance a subsumirse en la tipología penal del capítulo XA, del título V, del Libro II del Código Penal (*De los Delitos Contra el Medio Ambiente*) es un delito que se debe perseguir *ex officio* por la Fiscalía, único órgano que reconoce la Constitución como el encargado de las pesquisas a raíz de la perpetración de un atentado contra el ambiente: principio de legalidad. En consecuencia, es en el marco del nuevo constitucionalismo en donde discurre la protección de los bienes jurídicos difusos pero además de interés colectivo. Por lo mismo, a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, el Estado ratifica su función instrumental de ponerse al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho de la población a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, programa que tiene como antecedente la declaraciones de las constituciones de 1983 (que al reformar la constitución de 1978, por primera vez reconoció a los ecuatorianos el *derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación*) y la de 1998, que dio a dichos derechos ambientales, el carácter de *difusos*⁶

En consonancia con esta filosofía del Estado, el Derecho Penal Objetivo no sólo se limita a la expresión de pura normativa contenedora de penas, sino que actualmente está estructurado como "un conjunto de normas, valores y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a estos, como presupuestos, penas y/o medidas de seguridad como consecuencia jurídica"⁷.

La nueva corriente del garantismo que recoge nuestra Carta Fundamental, desde que se inició el Derecho Penal Moderno -luego de la sustentación del *principio de legalidad* por Beccaria- se ha cimentado en constantes reformas destinadas a la -humanización de las penas- frente al inicial tratamiento de crueldades que caracterizó la punición en los albores del derecho penal (azotes,

⁶ ECHEVERRÍA Hugo, *Política y Legislación Ambiental y Local, Guía Didáctica* UTPL, pág. 20

⁷MIR MUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Euro Editores SRL, 2004, p. 55.

mutilaciones, pena de muerte). Históricamente se conoce que a mediados del siglo pasado el derecho empezó a buscar nuevas fórmulas que le permitieran adaptarse a las sociedades de la postguerra; a construir dispositivos jurídicos que a la vez que alienten su desarrollo controlen los excesos provocados por abuso del poder punitivo de los Estados sobre los derechos de las personas. Surgieron así las constituciones, como instrumentos portadores de las teorías del nuevo constitucionalismo (la Constitución italiana de 1947, la alemana de 1949 y la española de 1978) que superaron las concepciones positivistas que catalogaban a la Constitución como un simple documento de declaración de principios sin efectiva fuerza vinculante o restauradora de derechos. Las Constituciones surgidas al amparo de esta nueva corriente, se someten a vínculos y a límites sustanciales que no son otros que los derechos humanos. Por lo mismo, los derechos fundamentales aparecen como los más eficaces instrumentos contra la prisionalización anticipada de los reos antes de sentencia.

Este movimiento internacional de reforma del derecho penal no cesa. La pena privativa de la libertad, que antes era el recurso de la Justicia para todo caso, ha sido desplazada hasta los límites de *última ratio*. La prisión anticipada sin condena se la está dejando sólo para los casos de delincuencia grave, truculenta (reincidentes, falta de arraigo, peligrosidades sociales por lesividad contra derechos fundamentales). Otras penas o institutos aparecen en el escenario de la justicia para suplir la violencia del Estado contra el justiciable: “Entre las penas llamadas a ocupar este espacio destaca la pena de multa que se va perfilando como la nueva espina dorsal de los sistemas penales del presente y futuro próximo (...)”⁸

Consecuentemente, la acción de protección que deben desarrollar los operadores de la justicia penal en este contexto de la nueva corriente, no se limita a la tutela de derechos⁹ vía reclamación, como afirma Ramiro Ávila Santamaría. La verdadera acción de protección estaría localizada más bien en la deontología de los operadores de la justicia penal. En este contexto, las medidas cautelares, al ser excepcionales, en el Derecho Ambiental se las debe exigir e implementar por el vigente principio de precaución, es decir que la justicia actúe precautelatoriamente, antes de que la acción delictiva ambiental lesione derechos fundamentales. Explícitamente la Constitución prevé que se hará cobertura de *tutela efectiva en materia ambiental*,

⁸ MIR PUIG, Santiago, op. cit. p. 657.

⁹ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 551.

mediante la adopción de *medidas cautelares*, no solo cuando se ha producido un desastre ambiental, sino para que cese la amenaza contra el ambiente (Art. 397 ibídem). En consecuencia, si el hecho de la amenaza no tiene tipicidad penal, en esta acción de tutela jurídica, intervendrán los organismos encargados de la gestión ambiental o el Defensor el Pueblo, Alcalde, Fiscalía o cualquier persona natural o jurídica a través el recurso de *acción de protección*, proceso en los que los jueces ordinarios asumen el rol de jueces constitucionales por el nítido contenido del Art. 11 Ibídem. Empero si el hecho está catalogado como delito flagrante, será señorío exclusivo de Fiscalía el pedido de medidas cautelares a través de la audiencia pública del control de legalidad de la detención (para este propósito angular, fiscalía deberá reunir suficiente evidencia para exhibirlas como razones de ponderación ante el juez de garantías penales). Si no hay circunstancias de flagrancia, pero se conoce que está ocurriendo un delito ambiental, el Fiscal de la Unidad de Delitos Ambientales o quien se halle en la cobertura de turnos (para conocer flagrancia), conforme al texto de los Arts. 35 y 216 del Código de Procedimiento Penal debe articular todas las actividades destinadas a impedir la consumación de ese delito –que se está cometiendo contaminaciones- contra el ambiente, o si la acción delictiva ya se ha producido el Fiscal podrá dictar verbalmente órdenes para que la acción delictiva no continúe (delitos permanentes o continuados). Si asociamos el *principio de precaución Constitucional* (Arts. 14,70,71 395,396 y 397) al citado dispositivo de reacción (art. 35, ibídem, *actos urgentes* de Fiscalía) resulta que tanto la Carta Fundamental como la ley infra constitucional prevén la utilización del principio de *precaución* para impedir la consumación de una ilicitud o el cesamiento de la misma en caso de haberse producido. Sobre este análisis el fiscal que actué en base a este principio, conforme al citado Art. 216.6 cuando concurra al escenario del delito puede incluso detener al sospechoso, para ello dirige a un cuerpo especializado de la Policía Judicial.

Desde otro ángulo, el Código de Procedimiento Penal clasifica a las *medidas cautelares* en personales y reales¹⁰. Si bien la prisión preventiva consta en dicho catálogo como la última de las trece medidas, las que preceden, son suficientes para ejercer la tutela ambiental. Bastaría, por ejemplo (luego de la detención *in fraganti*) que el Juez de Garantías Penales, disponga la quinta medida del Art. 160 ibídem¹¹ para que el procesado quede limitado *especialmente* para continuar en sus acciones riesgosas para el ambiente y por ende para la comunidad. Este mecanismo

¹⁰ Art.159

¹¹ “Suspensión del agresor de las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos”

procesal viabiliza la practicidad de la argumentación en sede judicial del *principio de precaución* reconocido expresamente en la Carta Magna, que no se encuentra aisladamente como una mera eufonía constitucional. Se trata de un instrumento jurídico destinado nada menos que a construir el eje constitucional de la política ambiental: *el programa estatal del desarrollo sustentable*, concepto que tiene su origen en la denominada Comisión Brundtland (1987) y que consta explícitamente reconocido en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, de la cual nuestro Estado es signatario. La metodología argumentativa en pro de medidas cautelares y/o reales, consecuentemente tienen soporte constitucional. Es necesario insistir en que los principios son verdaderos mandatos de racionalidad porque operan como presupuestos materiales del orden jurídico en un Estado de derechos como el nuestro. En este punto es preciso graficar que ellos, los principios, no están escritos en el agua, en el desierto-como figurativamente ejemplifica Yacobucci¹²- ni están considerados como mera opción metodológica en la interpretación doctrinaria, sino que determinan la validez de los textos legales y de su aplicación a toda hora, caso contrario el mandamiento Constitucional del Art 76,7, letra L sería una simple escritura petrificada.

Entonces resumiendo, será el Fiscal como garante de la seguridad jurídica de los ecuatorianos, quien a más de este enfoque, adicione otros elementos argumentativos fundados en principios ecuménicos ambientales y razones locales específicas en cada caso concreto respecto al riesgo, incidencia, peligro, daños consumados, irrecuperabilidad del estado natural. De ahí la importancia del Derecho Penal Ambiental para todos quienes de una u otra manera estamos involucrados en el compromiso incansable de dar tución a la naturaleza. Mientras más saberes jurídicos y fácticos tengamos, más plausible y potente será la argumentación sobre la necesidad de que -al judicializar un caso- el juez de garantías penales y constitucionales, cumpla con uno de los deberes centrales que le asigna la Constitución: Art.11.3 “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de los derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. Estos deberes ubican a los jueces de garantías penales (los fiscales plantean petitorios ante ellos sobre limitaciones de derecho fundamentales de los sospechosos: allanamientos, medidas cautelares personales, incautaciones, confiscaciones, etc.) en la

¹² YACOBUCCI, Guillermo, *El Sentido de los Principios Penales*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2002, pág 94

verdadera plataforma de su apostolado, esto es a enfrentarse con casos que tienen que ver con el bienestar humano y colectivo frente a derechos del justiciable. Solo este ejercicio de tutela judicial cobra sentido conforme el Art. 11 ibídem. El juez ordinario, en definitiva, requiere siempre de la Constitución para aplicar la ley en función de los derechos constitucionales de personas y colectivos. Sin este parámetro constitucional, el juez puede derivar en un agente legitimador de violación de estos derechos, aún actuando en el marco del principio de legalidad formal, esto es de leyes formalmente vigentes. Solo el parámetro constitucional permite al juez interpretar y aplicar la ley en el marco de los derechos constitucionales, es decir de lo que Ferrajoli ha llamado el principio estricto de legalidad¹³, en otras palabras aplicar leyes tanto formalmente vigentes como constitucionalmente válidas.¹⁴

El principio de precaución – aspecto preliminar y fundamento básico del principio de *prevención*– ha pasado a constituirse en el sustento de todo documento internacional. Está definido tanto como una declaración de propósito, como la exigencia jurídica de un obrar práctico de extremo cuidado, cautela, diligencia cuando corresponda actuar sobre el ambiente (en el Ecuador tiene el carácter de exigencia constitucional según los Arts. 14, 72, 83.6, 396 y 400 de la Constitución). Obliga a que en esas acciones se actúe con prudencia ambiental. Se lo asocia a otros principios que gobiernan el derecho ambiental internacional (principio de realidad, responsabilidad compartida cooperación, proporcionalidad, entre otros). Por su elasticidad semántica, se adapta a las rígidas estructuras del lenguaje y por lo mismo su argumentación resulta fácil. Silvia Jakenod de Sögön¹⁵ apunta que este principio “[...] tiene papel preponderante en especial en países en desarrollo, ribereños y costeros... A través de este principio se incorpora la cautela, es decir el proceder con reserva con cuidado y diligencia. Asimismo se invierte la carga de la prueba tanto para aquellos que alegan una situación de degradación ambiental, como para quienes realizan actividades con efectos perjudiciales...”. Este aspecto de análisis es de capital importancia para situarlo frente al tema de los atentados contra el ambiente, porque un juez o fiscal que conozca a profundidad las compatibilidades del Derecho Penal con los principios del Derecho Ambiental Internacional, con el programa del Desarrollo Sostenible, adoptará decisiones urgentes, ponderadas, que impidan la violación de esos derechos colectivos o el cesamiento del crimen. En la otra orilla, para jueces y fiscales que no tengan esta predisposición y saberes, les será indiferente el hecho criminal y

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, op cit. P. 20 -22.

¹⁴ GRIJALVA Agustín *Interpretación Constitucional*, Conferencia, Universidad Andina 2009

¹⁵ Ob. Citada pag.434

simplistamente optarán por una deficiente o mediocre interpretación de las medidas cautelares, meramente invocando la “*última ratio*”, postergando así el carácter preventivo del derecho penal ambiental contenido en la Carta Magna. La teoría del *punto de no retorno*, planteada por Al Gore, nos grafica como las acciones depredadoras del hombre, al correlacionarse, se suman interminablemente a este fatídico y quizás ya irreversible proceso de despojo de las pertenencias de la tierra que ha puesto en riesgo nuestra supervivencia.

Entonces, la *última ratio* es un prisma para mirar cuidadosa, cautelosa y profundamente la gravedad de la criminalidad ambiental y para describirla en su auténtica dimensión: de que se trata de un delito que ha alcanzado connotaciones de *lesa humanidad* porque las lesiones que se infringen a este bien jurídicamente protegido, afectan a la tierra en la que operan interdependientemente ecosistemas, (los ecosistemas no reconocen fronteras) en los que continuarán habitando generaciones venideras y, porque socaban intermitentemente las bases físicas en donde se cumplen los procesos vitales de una infinidad de formas de vida, incluida la del presunto delincuente, por lo mismo, tratándose de ataques al ambiente, el derecho a la libertad del justiciable debe quedar relegado ante la ponderación de los derechos colectivos y de la naturaleza de bienes cualitativamente finitos.

Al reconocer la relevancia del derecho penal en la protección del ambiente, Mauricio Libster¹⁶ destaca porqué no se debe postergar la aplicación férrea, contundente, inmediata, restauradora de *ius puniendi*:

“(…) pensando en el derecho penal como la *última ratio* del sistema jurídico y su función subsidiaria y fortalecedora de la eficacia normativa de otras disciplinas del derecho que apuntan a tutelar idéntico objetivo, y, en la entidad del fenómeno ecológico y ambiental, considerando su gravitación de los intereses colectivos en la condición de la vida misma, es innegable que el derecho represivo tiene un rol importante que cumplir en esta temática”.

Nuevas teorías enfatizan la importancia del Derecho Ambiental Penal. Entre ellas¹⁷, la de que este fuero no sólo está limitado a la reacción de la metodología del poder punitivo *post factum*, sino

¹⁶ ECHEVERRÍA, Hugo, Revista *Novedades Jurídicas*, año V, N° 26, abril 2008, p. 20-25. Ediciones Legales, Quito-Ecuador.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal*, Cuaderno Civitas, Buenos Aires, 1998, p. 98.

que la tendencia actual del Derecho Penal es mirar a otro objetivo: a realizar la tarea preventiva, tipificando los delitos ya no desde la perspectiva de lesión a *una persona*, sino definiendo su naturaleza como delitos de peligro de bienes supraindividuales. Jesús María Silva: "...el Derecho Penal que reacciona a posteriori contra un hecho lesivo individualmente delimitado (por los sujetos activo y pasivo) se ha convertido en un derecho de gestión de riesgos generales y en esa medida se ha "administrativizado".

1.1. El Principio de Legalidad.

En los procesos de administración de justicia (administrativos y judiciales), el principio de legalidad constituye la piedra angular del moderno sistema constitucionalista, porque identifica un conjunto de garantías para procesar legítimamente a una persona. Estas garantías se instrumentalizan constitucionalmente a través del *debido proceso*.

Dos previsiones legales están escritas en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional para la cobertura de esta garantía al estado de inocencia. En la primera se establece que ninguna persona puede ser sujeto pasivo de un proceso penal o procedimiento administrativo si es que no ha cometido un hecho que no esté descrito por la Ley como delito o ilícito administrativo.

Históricamente, la fundamentación penal de este principio de legalidad deviene desde Montesquieu, Rousseau, Beccaria y Feuerbach. En ese recorrido de lucha por la consolidación de principios, la humanidad ha sufrido una infinidad de crímenes, abusos de todo tipo e injusticias; hasta que se logra definirlo en la declaración ecuménica de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, con el siguiente tenor: Art. 8: "(...)la ley no debe establecer otras penas que la estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada".

Esta garantía se la reconoce con el axioma *nullun crimen, nulla poena sine lege*¹⁸; en consecuencia, solo cuando el hecho con apariencia criminal esté en la nomenclatura penal, se satisface la primera garantía sustantiva del principio de legalidad. Además cumple otro presupuesto garantista: un hecho de carácter criminal típico que motiva el inicio de averiguaciones

¹⁸Art. 2 del Código Penal, y; Art. 2 del Código de Procedimiento Penal, Ecuador

por una sólo autoridad reconocida en la Constitución. Estas garantías dejan atrás la promiscuidad de investigaciones que antes las desarrollaban: policías, jueces, fiscales, comisiones ad-hoc, etc. La segunda garantía sobre la que se cimenta el axioma de legalidad se refiere a los ritos procesales. En materia procedimental se refiere al control de legalidad de todo proceso en el que se debe garantizar el derecho a la defensa del sospechoso o justiciable. Para incoar un proceso la Constitución exige un pronunciamiento en el que se debe sustentar fundados argumentos para procesar a una persona -penal o administrativamente- a consecuencia de la acción u omisión de un acto que conste descrito con anterioridad como infracción penal o administrativa en la ley. El instrumento con el que se cuenta para que esta garantía sea tangible y controle el derecho a la presunción de inocencia, es como queda anotado el debido proceso que en la magistral definición del penalista Jorge Zavala Baquerizo, es:

“(...) el que se inicia, desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal con la finalidad de alcanzar una justa administración de justicia, provocando como efecto inmediato, la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho”¹⁹.

De este somero análisis, son los rituales procedimentales de seguridad jurídica, los que deben ser acatados por la autoridad pública en pro de la seguridad jurídica del principio de legalidad. La inobservancia de estos ritos procesales provoca nulidad y el derecho de repetición del funcionario cuya incuria imposibilitó acceder a la seguridad jurídica constitucional²⁰, Carrara, al destacar las condiciones esenciales del juicio en general evoca la sabiduría de Montesquieu: “*en los juicios civiles las formas son siempre demasiadas; en los juicios penales siempre pocas*”²¹. En el ámbito internacional el principio de legalidad está presente en las resoluciones de los organismos que gobiernan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Pacto de San José a través del Art. 9, prevé:

“(...) nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de

¹⁹ Zavala Baquerizo, *El Debido Proceso*, Edino, 2002, p. 25.

²⁰ Carrara, Francisco, *Programa de Derecho Penal*, Tomo 2, Editorial Carrara, 1990, p. 208

²¹ Las negrillas corresponden al suscrito

cometerse no fueron delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer penas más graves que la aplicable en el momento de la comisión de delito si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello...".(principio pro homine)

Como se advierte, en dicha normativa, se reconoce que será el "derecho aplicable" como el debido proceso *ad intra* el que sirva como instituto protector de una persona cuando se inicien actividades investigativas preparatorias en su contra.

Resumiendo: la conclusión más importante es que el principio de legalidad se erige como uno de los instrumentos del estado de derecho que garantiza el juzgamiento de una persona, un obstáculo para el abuso del poder y la mediocridad; en suma, una lente destinada a evitar todo tipo de injusticia que pudiese afectar a la libertad y la vida.

Esta tutela se visualiza durante el recorrido pre procesal de una persona que ha sido detenida en circunstancias de flagrancia puesto que la cobertura de tutela integral se inicia a partir del instante mismo en que es detenida una persona²². Inmediatamente de ocurrida dicha detención se activan los dispositivos constitucionales y legales, por los cuales el o los detenidos serán presentados inmediatamente ante el juez de garantías penales (de turno) para control de su integridad física y psicológica y la lectura de sus derechos. En el caso de la jurisdicción del cantón Cuenca, el detenido es además sometido a reconocimiento médico y psicológico antes de ingresar al centro de detención provisional.

1.2. El principio *non bis in idem*.

Interrelacionado con los principios invocados y cimentado en el programa constitucional de seguridad jurídica, rige la garantía de que ninguna persona puede ser perseguida procesalmente y de manera indefinida más de una vez por un mismo hecho que se haya demostrado como jurídicamente existente. Este control constituye otro de los más fundamentales obstáculos –de carácter jurídico- destinado a que el poder de la autoridad pública, en el ejercicio del *ius puniendi*, pueda atentar a la dignidad humana procesando a una persona más de una vez por un mismo

²² Art. 161, *Código de Procedimiento Penal*, Ecuador

hecho o que se mantengan dos procesos investigativos abiertos paralelamente en contra de una persona, es decir el doble juzgamiento y por lo mismo la potencialidad de doble punición: penal o administrativa.

Raúl Zaffaroni²³ identifica vulneraciones a dicho principio cuando se aplica doble punición. Ejemplifica que estas ocurren cuando la administración pública impone multas, cesantías, exoneraciones o inhabilitaciones, o cuando el sujeto pasivo procesal ha sufrido lesiones, enfermedades, o perjuicios patrimoniales durante la investigación procesal o a consecuencia de la represión del delito cometido. Un tercer grupo de casos de doble punición que sustenta Zaffaroni se refiere al sistema de sanciones y solución de conflictos de las culturas indígenas. Cuando ocurre esto el tratadista sostiene que el Estado no puede imponerle una nueva pena al justiciable sino que se debe computar la pena comunitaria con la que el organismo del Estado intente reprimir.

En nuestra realidad, cantón Cuenca, y específicamente en materia de control jurídico sancionador por infracciones al ambiente, los dos principios esbozados nos hacen ver que en el ámbito procedimental está ocurriendo paradójicamente lo que prohíbe la Constitución, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los convenios y tratados aprobados por el Estado Ecuatoriano. Advertiremos que el Código Penal y la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre continúan interactuando en el asunto competencial. Las dos normativas concurren al procesamiento de una persona por un mismo hecho que *a priori* tiene apariencia de delito ambiental, por lo mismo provocando una doble instrumentación investigadora. El texto del Art. 96 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre es un claro ejemplo de que *ipso jure* se proclama la doble persecución en sede administrativa: “(...) cuando la autoridad sancionadora considere que además de la infracción a esta Ley se ha cometido delito de acción pública, remitirá los antecedentes al Fiscal competente para el ejercicio de la acción penal. El Art. 79 *ibídem*, también plantea la vía del doble procesamiento específico en casos de incendios de bosques cuando previene: “(...) sin perjuicio de la acción penal correspondiente, quién provoque incendios (...)”

Es de subrayar que este tipo de previsiones que reconocen explícitamente la dualidad de

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dr.), *Manual de Derecho Penal*, Primera Ed., Buenos Aires., 2005 p. 114 – 117.

juzgamientos han contribuido lamentablemente a que los organismos encargados de las investigaciones (Fiscalía, Ministerio de Ambiente) incoen simultáneamente dos expedientes a raíz de una *notitia criminis* en casos de incendios de bosques, que desde el punto de vista de la tipicidad, se halla incriminada – doble tipicidad - también como una infracción administrativa en la Ley Forestal. La punición no pasa de una multa de diez salarios mínimos vitales. Pero además esta tipología administrativa transcrita colisiona con el tipo delictivo que mantiene el Código Penal²⁴ que prevé para los pirómanos la pena de seis años de reclusión menor cuando provoquen intencionalmente fuego a "...montes, arboledas...": Art.389 ídem. A su vez en el Capítulo XA (De los Delitos Contra el Medio Ambiente), Título V del Libro II, ídem en el Art. 437H, define que quien incendie bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas que estén legalmente protegidas, serán reprimidos con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave (?).

A estas antinomias, hay que adicionar la competencia que tiene en nuestra jurisdicción la Municipalidad de Cuenca en virtud de la Ordenanza que Regula la Gestión en el Parque Nacional Cajas y su Administración²⁵. Dentro de esta ordenanza el Art. 30 prevé:

"(..) Quien pode, tale, descortece, queme, destruya, altere transforme, adquiera, transporte, comercialice o utilice los productos forestales o de la vida silvestre o productos diferentes de la madera, provenientes del parque Nacional Cajas será sancionado con multas equivalentes a cien salarios mínimos vitales así como la obligación de reparar el daño ecológico...sin perjuicio de la acción penal correspondiente en los términos del Art. 65 del Código Penal. La cacería, captura, destrucción o recolección de especies faunísticas será sancionada con penas de multas (...)"

A través de los Arts. 5, 6 y 7 de dicho cuerpo normativo cantonal, otorga competencia excluyente al Comisario Municipal para el juzgamiento de dichas infracciones.

La cita de la normativa precedente, evidencia sin duda alguna que en la jurisdicción del cantón Cuenca concurren tres cuerpos legales para sancionar los incendios forestales y la

²⁴ *Código Penal*, Título V, Capítulo VII, De los Delitos Contra la Seguridad Pública, Libro II.

²⁵ BUCHELI GARCÍA, Franklin, *Parque Nacional Cajas*, Municipalidad de Cuenca, 2007.

comercialización de vida y productos de origen silvestre o de áreas protegidas. Ante esta posibilidad -debido al texto de la tipicidad penal y administrativa así como por el procedimiento de los tres organismos con competencia para el control ambiental- las actuaciones de los organismos encargados de sustanciar las investigaciones y sancionar (Fiscalía, Ministerio del Ambiente y Municipio de Cuenca), *per se* constituyen un atentado al principio de legalidad y al *non bis in idem*, pero también afectan a las reacciones inmediatas y útiles de la autoridad competente para descubrir al culpable, para impedir que la afectación ambiental continúe hacia catástrofes.

En el caso de que esta triple sustanciación coincida sobre un solo hecho; por ejemplo, incendio de un bosque (en áreas naturales o particulares) se producirían nulidades procesales precisamente por lo señalado, por la activación del control del garantismo de los principios del nuevo constitucionalismo, el principio de efectividad de los derechos constitucionales, que impide la apertura de dos o más procesos por un solo hecho de apariencia delictiva.

En todo caso, hasta cuando esto se dilucide, se habrían producido esfuerzos estériles por parte de los tres organismos sancionadores. La evidencia delictiva perdería su sustancia debido a los problemas que acarrearán la falta de un diligente control sobre la cadena de custodia. Pero además, los problemas evidenciarían otro escollo, porque si el ente administrativo juzgó el caso y resolvió que además de la falta administrativa, la acción juzgada en el ámbito administrativo se subsume en un delito (?), entonces, ocurrirá lo prohibido: se iniciará un nuevo proceso, un proceso penal (arts. 93 y 96 de la Ley Forestal). Pero todavía hay más problemas. Para la eventualidad de que se dirima que un determinado hecho es materia penal, el fiscal al asumir competencia funcional para investigar, por el tardío control el caso, habría perdido tiempo para la recolección de evidencia. A todas estas contingencias se suma finalmente el manejo de la evidencia, el peligro de fuga del sospechoso, el entorpecimiento a la pesquisa, borrar las huellas, los vestigios, entre otras.

Este sombrío panorama permite trazar la conclusión de que la vigencia de la abundante o excesiva normativa, nos otorga más razones para allanarnos a lo que la Dra. Jakenod²⁶ sentenciara ocurre en el mundo del Derecho: *crisis ambiental por insuficiencia de unidad de la función jurisdiccional*.

²⁶ JAKENOD Silvia, *Derecho Ambiental*, Dykinson, 2004

1.3 El Derecho de Repetición

La comunidad Cuencana miró con estupor, el 10 de febrero del 2010 y a través de los múltiples reportes de los noticieros televisivos locales y nacionales, el funcionamiento de un camal clandestino que estuvo procesando productos cárnicos en inmediaciones del Parque Nacional Cajas, un área natural protegida por el Municipio de Cuenca, situada a 30 kilómetros, aproximadamente al occidente de la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay. Dicho Parque Nacional cuenta con una superficie de 28.544 hectáreas (área que corresponde, por sus características de suelo, al sistema alto andino que favorece a la retención del agua, con rango altitudinal, alcanza hasta los 4.445 sobre el nivel del mar (región biótica 4 Andes). Es uno de los sistemas lacustres de mayor importancia para el Ecuador, (en el año 2002 la Convención RAMSAR declaró humedal de importancia internacional, en donde habitan 157 aves silvestres, entre ellas el Cóndor, por ser un humedal en donde se produce el agua que alimenta a la población cuencana).

La actividad delictiva “descubierta” en dicha área constituye un grave atentado a la salud pública y por lo mismo al ambiente, desde que la “*empresa*” delictiva procesaba carne de equinos sin ningún control y en las más espeluznantes condiciones de salubridad, pues los desechos del ganado caballar eran abandonados en el páramo y arrojados en uno de los afluentes del río Tomebamba que alimenta los caudales de los cuales se aprovisiona la planta procesadora de agua potable de Cuenca. Si bien la Fiscalía contra los delitos ambientales que viene laborando en el cantón Cuenca conjuntamente con el Director del Parque Nacional Cajas sorprendieron *in fraganti* al presunto delincuente y de que además instruyó proceso penal en contra de éste; sin embargo por incuria inexplicable hasta el día de hoy, este caso quedó sin sanción alguna porque aplicando una agridulce –por falsa aplicación de la ley- salida alternativa, el Fiscal del caso, que no valoró la naturaleza de los derechos humanos colectivos²⁷, optó por el simplismo de cerrar el caso mediante la figura de la suspensión condicional del proceso, a cambio

“...del desalojo, limpieza de desechos y osamentas de los animales (...) aprobado el plan de manejo integral y conservación ambiental, para la ejecución del mismo, las diferentes instancias del Ministerio del Ambiente, el Municipio de Cuenca ETAPA... dicha ejecución se la deberá cumplir en 22 meses a partir de la fecha de aprobación del plan de manejo...

²⁷ GRIJALBA, Agustín, *Los Derechos Colectivos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. XV

además se compromete expresamente a no volver a realizar trabajo alguno que cause daño a la naturaleza y al medio ambiente en el predio de su propiedad...”²⁸.

Se trata de una tristemente célebre aplicación de un mecanismo procesal interpretado como *favor rei*, (aunque esta argumentación no aparece en la decisión del Fiscal de marras) contra el principio *pro natura* de prevalencia de los derechos de la naturaleza.

Conviene ilustrar que, al poco tiempo de conocer las primeras notas periodísticas sobre dicha flagrancia delictiva, se instaló una suerte de alarma colectiva en la comunidad, no sólo debido a las condiciones de procesamiento de los animales, sino porque la zona es área natural protegida²⁹ en la que inclusive se había construido un enorme galpón para esa actividad delictiva. Supuestamente en ese sector, la Municipalidad de Cuenca ejerce control ambiental como reza la Ordenanza vigente. A esto se suma otro componente circunstancial de la actividad delictiva: la crueldad en el trato del ganado, pues los caballos de los que se abastecía en ese matadero eran comercializados en la región costanera y trasladados a ese páramo en donde permanecían a la intemperie en una zona de humedales en la que la temperatura cae hasta los 2 grados. El dantesco espectáculo de imágenes permitió comprender *a priori*, de que en ese lugar se produjo un daño ambiental en los términos que define la Codificación de la Ley de Gestión Ambiental:

“(...) efectos causados a la población humana, la biodiversidad, el suelo...el agua, el paisaje y la estructura y función de los ecosistema presentes en el área previsiblemente afectada; b) las condiciones de tranquilidad publicas...olores...y cualquier otro perjuicio ambiental derivado de su ejecución, y c) la incidencia que el proyecto, obra o actividad tendrá en los elementos que compone el patrimonio histórico, escénico y cultural”.

El caso que estuvo en manos del Estado por la actuación de uno de sus funcionarios públicos (el Fiscal de la Unidad de Delitos Ambientales) ha resultado un retroceso de actuaciones en el rol de tuición a la comunidad por parte del Estado a través de los administradores de la gestión Ambiental tanto de la competencia administrativa como de la penal.

²⁸ Anexo 1

²⁹ Ministerio del Ambiente, Acuerdo N° 177, 12 de diciembre del 2002.

Al constar los derechos ambientales dentro del catálogo de *fundamentales*, tanto en la norma prevalente cuanto en los instrumentos internacionales, entre los deberes del Estado constan: “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales...” Art 3.1³⁰; proteger el patrimonio natural.” Art. 3.3³¹ y de que conforme el Art. 66³², como derecho fundamental, el Estado reconoce y garantiza espacialmente lo que recurrentemente hemos subrayado: “el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza...”.

Ante la grave falta que incurrió la Fiscalía del Ambiente, el Estado incumplió con el deber de protección de esos derechos ambientales y por lo mismo con la seguridad jurídica. Por otro lado, del análisis precedente se advierte que el tema educativo preventivo sobre afectación del ambiente ha fracasado. Del somero estudio realizado, ninguna de las normas orgánicas del Ministerio de Educación plantea, cuando menos eufemísticamente, el tema del desarrollo sustentable. Entonces, sin ningún programa concienciador en la pedagogía del magisterio ecuatoriano ¿cómo demandar de la población deberes frente al ambiente? Este es un tema de enorme importancia porque connota que la educación está desconectada con el objetivo primordial en materia de sostenibilidad ambiental y derechos fundamentales: que el respeto al ambiente sea cultura cotidiana pública y privada: por ello con enorme fundamento la Profesora *Jaquenod*³³ señala:

“...es conveniente formar una nueva generación de profesores, profesionales capacitados desde la interdisciplinariedad que enseñen legislación, jurisprudencia y derecho ambiental con la seguridad que respalda un enfoque comprensivo de la realidad: esta estrategia conducirá a la solución de problemas ambientales, minimizándose el margen de duda o riesgo en el momento de adopción de decisiones”.

Volviendo al tema jurídico, en el manejo del caso reseñado, se incurrió en una patente desatención de la seguridad jurídica ambiental. Se hizo tabla raza de los derechos de la naturaleza, de los

³⁰ Constitución del Ecuador

³¹ Constitución del Ecuador

³² Constitución del Ecuador

³³ JAKENOD Silvia, *Derecho Ambiental*, Dykinson, 2004

derechos fundamentales colectivos, pues desde nuestra posición, la gravedad del delito -porque comprometió derechos difusos- le impedía al fiscal negociar con el procesado las escuálidas condiciones de reparación. Los derechos colectivos y difusos no dependen o se sustentan en el solo criterio de una sola persona, de un operador jurídico. El señor Fiscal para acceder a la *trampa* propuesta por el reo, debió monitorear criterios, sobre todo del principal operador de la gestión ambiental: del Ministerio del Ambiente, pero también de varios colectivos humanos -de la misma prensa- desde que la remediación ambiental interesa a todos y por lo mismo al Estado. El expediente no registra ningún parámetro sobre este punto. Tampoco el fiscal tuvo ningún elemento técnico para comprender que la remediación ambiental proyectada por el reo se ejecute idóneamente en un lapso de 22 meses como sugiere la resolución (?). Sobre estas carencias (incuria de Fiscalía y del inerte Juez de Garantías Penales y Constitucionales), se adiciona la ninguna correspondencia de reclamo por parte de los gestores del control ambiental (Municipalidad de Cuenca, Ministerio del Ambiente), es decir una surte de sumatoria de connivencia institucional sintetizada en una conducta silente, que desde otro ángulo, debió ser materia de control administrativo³⁴, por parte de la Secretaria Nacional de Transparencia de Gestión.

En este cúmulo de desaciertos y omisiones se identifica a la Defensoría del Pueblo del Azuay y Nacional, al Presidente del Consejo de Seguridad del Azuay, Alcalde, Gobernador del Azuay, Presidente de la Cámara de Turismo, como los funcionarios que tampoco emitieron ningún tipo de reclamación, pues ellos nunca ejercieron ningún control sobre el caso que aún tiene interés para la comunidad cuencana; desde que la preservación del ambiente, según el tenor el Art. 14 de la Constitución está gobernado por el principio de interés público. Interés que no tiene la direccionalidad hacia la alarma mediática, sino a genuinos estados de alarma por la limitación de la circunstancias de entorno físico que integran el hábitat humano y que por lo mismo altera el orden público, entendido este, como una atmósfera de paz, una sensación de sosiego que da la confianza de vivir en paz y armonía. Cuando esta línea de horizontalidad se rompe a causa del delito, surge la alarma colectiva, que reside esencialmente, no [...en la lesión efectiva de personas o cosas sino en la repercusión que ellos tienen en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública -produciendo alarma y temor- por lo que puede suceder ...]³⁵. En consecuencia, el caso estudiado queda registrado en la historia de la depredación ambiental local,

³⁴ Constitución de la República del Ecuador : Art.85

³⁵ DONNA Edgardo Alberto, *Derecho Penal* ; Tomo II, Rubinzal-Cuzoni Editores. Buenos Aires2002.pag.199

como un negativo y vacío ejemplo de manifiesta incuria institucional. Una tragedia administrativa que debe servir para alertar a los poderes del Estado sobre la necesidad de que en las audiencias de rendición de cuentas (a las que estamos siendo llamados periódicamente todos los organismos de la administración pública), se ejerza un genuino poder contralor. Conviene recordar que la base conceptual sobre políticas públicas ubica la dinámica y las condiciones en las cuales el Estado se posiciona para elaborar las políticas como la principal metodología de diseño ambiental. Siendo cinco actores claves los que protagonizan esta estrategia: sociedad civil, empresarios, sindicatos (organizaciones indígenas y sociales) partidos políticos, Estado³⁶. En resumen, el delito provocó alarma colectiva y en las resoluciones de los funcionarios públicos (Fiscal y Juez) no se ponderó la corriente moderna que propugna que los delitos ambientales tienen el carácter de *lesa humanidad*³⁷ y por ende la inviabilidad para este tipo de salida procesal³⁸. De otro lado el Juez que autorizó dicha suspensión -otro funcionario del Estado- nunca reparó en la secuela del ilícito, porque en el caso hubo interés público gravemente comprometido (los derechos difusos del orden público). El juez no formuló ningún tipo de ponderación de derechos en su resolución. Ni el Juez ni el Fiscal invocaron principios aplicables al caso como son: principio de prevalencia a favor de la naturaleza, el principio de restauración integral, de solidaridad, de subsidiariedad, de precaución, La resolución sólo dice: "...una vez que el procesado ha admitido su participación y a su vez tomando en cuenta que este delito no se trata de las infracciones que prohíbe la ley de acuerdo al Art. 37.2 del código de Procedimiento Penal, resuelve dar paso a la SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO..."³⁹

La Defensoría del Pueblo, brilló por su mutismo frente al caso, pese a que entre sus obligaciones está la de interceder jurídicamente en este tipo de reclamos⁴⁰. Por lo mismo, está pendiente para el Estado como tarea subsidiaria a las omisiones de las autoridades involucradas en incuria manifiesta, es decir incoar la demanda de repetición contra ellos⁴¹. La responsabilidad objetiva para indemnizar los daños ambientales, como prevé la Constitución, puede tener origen tanto en acciones como en omisiones por las cuales la administración pública, sus funcionarios u otra persona natural o jurídica causen el perjuicio por daño ambiental (la Municipalidad nunca ejerció

³⁶ NARVÁEZ Ivan, "Petróleo y Poder: el colapso de un lugar singular YASUNI" FLACSO. Quito. 2009. pag.177

³⁷ YINKI Ronny, *Crimen contra la Humanidad*, <http://es.wikipedia.org/wiki/>, , enlace 11 de abril del 2010

³⁸ Art. 37.2 del Código de Procedimiento Penal, Ecuador.

³⁹ Anexo 2

⁴⁰ Art. 2 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo

⁴¹ Constitución del Ecuador

control en el lugar del área contaminada, pues no hay otra forma de comprender cómo se había construido una nave industrial).

En cuanto a las omisiones advertidas, el Estado tiene el deber de controlar y supervisar a la administración pública, a las funciones legislativa, ejecutiva y judicial y sobre cada una de estas funciones existen órganos de control (por ejemplo la legislación ambiental como veremos más adelante no es tema de interés por la Asamblea Nacional), consecuentemente la conflictividad legal por antinomias está intacta, intocada, irresoluble -a nivel formal- por falta de actualización con la normativa prevalente.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE SOBRE INFRACCIONES AMBIENTALES RECURRENTE EN EL CANTÓN CUENCA

La confluencia de la normativa secundaria para controlar y reprimir los atentados ambientales como queda expuesta, antes que solucionar el control de las agresiones al ambiente ha producido paradójicamente un exceso de normativa local y regional que concurren con la normativa nacional, generando impunidad, lo que Silvia Jaquenod identifica como “*crisis del derecho*”⁴².

La concurrencia de normativa sustantiva y adjetiva para encarar el problema de la persecución vía debido proceso, se patentiza en nuestra jurisdicción territorial del cantón Cuenca sobre todo en delitos recurrentes: los incendios de vegetación natural, de arboledas, bosques (propiedad del Estado y particulares) y el tráfico de vida y productos originarios del mundo silvestre⁴³. Esta confluencia de normativa sobre doble juzgamiento ha incidido negativamente, puesto que los organismos encargados de las investigaciones instruyen procesos simultáneos a raíz de una *notitia criminis* en casos de incendios de bosques, hechos que desde el punto de vista de la tipicidad y de la metodología procedimental se hallan doblemente tipificados como delitos⁴⁴, y; como infracciones administrativas⁴⁵. En otros casos como estiman que uno de los organismos se hará cargo del ilícito, dejan -por incuria- el caso sin investigación alguna. Desde otra visión cuantitativa las sanciones administrativas son meramente pecuniarias, se reducen a una multa simbólica: diez salarios vitales y la obligación de reparar el daño ecológico. Empero, en el Título V, Capítulo VII, del libro II, (De los Delitos Contra la Seguridad Pública) el Código Penal prevé para los pirómanos la pena de seis años de reclusión menor cuando provoquen intencionalmente fuego a “montes, arboledas”⁴⁶. A su vez, en el Capítulo XA, Título V, del Libro II⁴⁷, se prevé que quien incendie bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas que estén legalmente protegidas, serán reprimidos con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya un delito más

⁴² JAQUENOD Silvia, op., cit. P. 412

⁴³ *Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre*, Capítulo I, Título II

⁴⁴ Arts. 389 y 437, *Código Penal*.

⁴⁵ Arts. 78 y 79, *Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre*.

⁴⁶ Art. 389. *Código Penal*

⁴⁷ Art. 437H, *Código Penal*

grave (?).

A esta dualidad de tipología se adiciona la normativa sobre competencias, pues en parte de la jurisdicción del cantón Cuenca, la Municipalidad de Cuenca, ejerce control exclusivo del manejo ambiental en un área natural como es la sub cuenca del río Tomebamba⁴⁸ de la que se capta el agua para procesarla como potable, es decir para uso humano para toda la población del cantón Cuenca. Dentro de esta Ordenanza Municipal que Regula la Gestión en el Parque Nacional Cajas y su Administración se prevé:

Art. 30 “quien pade, tale, descortece, quemee, destruya, alteree transformee, adquiera, transporte, comercialice o utilice los productos forestales o de la vida silvestre o productos diferentes de la madera, provenientes del parque Nacional Cajas será sancionado con multas equivalentes a cien salarios mínimos vitales así como la obligación de reparar el daño ecológico...sin perjuicio de la acción penal correspondiente en los términos del Art. 65 del Código Penal. La cacería, captura, destrucción o recolección de especies faunísticas será sancionada con penas de multas”.

A través de los Arts. 5, 6 y 7 de dicho cuerpo normativo cantonal, se otorga competencia excluyente al Comisario Municipal para que juzgue dichas infracciones. Como se puede ver existe una patente concurrencia de leyes a la hora de fijar la competencia en lo relacionado al tema procedimental. Un problema jurídico grave, que provoca incertidumbre, dubitaciones, equivocaciones y omisiones de los organismos encargados de aplicar la justicia frente a las dos infracciones ambientales más recurrentes. Hasta el momento no hay pautas jurisprudenciales para la determinación de los ámbitos de competencia entre la autoridad administrativa y la jurisdiccional. Esta carencia de resolución se explica por la inexistencia de resoluciones contradictorias o de doble sentencia, problema que subyace precisamente en las expectativas competenciales. Frente a un caso de incendio o comercio ilícito de los productos ambientales protegidos, cada uno de los organismos encargados de la persecución procesal, “cede” competencia por la comodidad que aquello significa⁴⁹. En cambio, en el fuero administrativo se

⁴⁸ Bucheli García FRANKLIN, Parque Nacional Cajas, Municipalidad de Cuenca 2007, p. 127- 143

⁴⁹ Anexo 3, Memorando No. MAE-UAJA-2010-OO69, 30 de marzo.

han producido cuarenta resoluciones de “procesos forestales”⁵⁰.

Lo mismo ocurre con la actividad ilícita sobre comercio de animales silvestres y productos forestales provenientes de áreas protegidas, porque, mientras el Art. 80 de la Ley Forestal, y la ordenanza local sancionan el tráfico de vida silvestre en general con multa (animales vivos, muertos, productos derivados del bosque protegido), el Código Penal reprime este mismo comportamiento delictivo con pena aflictiva de privación de la libertad hasta por tres años⁵¹ Art.437F. En medio de esta anarquía de tipicidad, los presuntos infractores disfrutaban en sus argumentos de defensa arguyendo la vigencia de los principios de legalidad y *non bis in idem* y el dogma *in dubio pro reo*, sosteniendo que ante la incertidumbre que provoca la confluencia de tipicidad a aplicarse, el principio *favor rei* obliga a la interpretación *in bonam partem*. Por tanto el único debido proceso sería el administrativo, porque con esta normativa eventualmente se sancionaría la infracción más benigna.

Con todo este panorama, la tutela del ambiente, que debe ser férrea, drástica, inamovible, inmediata y profiláctica, pierde espacio. La inexistencia de sentencias condenatorias por delitos ambientales es otra de las evidencias decisoras de esta inacción del fuero penal.⁵²

Educación Ambiental y Leyes Secundarias: un reto a construir en el futuro

A esta incuria se suma el hecho de que la comunidad no ha dado mensajes de sumarse al control ambiental. Esta visible abulia, contribuye enormemente a que se reproduzcan día a día las prácticas nocivas depredatorias señaladas, a tal punto de que la piromanía en el área rural, se la asocia a lo que vulgarmente se conoce como “prácticas culturales ancestrales”. Me refiero a los incendios de pajonales y arbustos en zonas de humedales y de sus linderos, bajo la “justificación” de que los campesinos creen que estos rituales generan pluviosidad (?). Frente a este fenómeno, es necesario asociar tangencialmente este tipo de mitos al fracaso de los procesos educativos en el Ecuador. Baste con precisar que la Ley de Educación vigente, entre sus considerandos básicos justificadores de la corriente educativa a desarrollar en el actual programa señala:

⁵⁰ Anexo 3.

⁵¹ Art. 437F. *Código Penal*.

⁵² Anexo N.3.

“La necesidad de armonizar las normas sobre educación con los principios constantes en la Constitución Política... la utilidad de recoger las experiencias y el resultado del amplio debate en materia educativa y realizado entre los funcionarios del Ministerio de Educación y los representantes de los distintos sectores que conforman el área educativa... Que es necesario, de conformidad con la estructura actual del Ministerio de Educación, dictar una ley específica consagrada únicamente a la educación, por las particularidades que tiene este sector... Que es preciso establecer un marco claro y mecanismos ágiles para el desenvolvimiento de la educación nacional”.

De la indispensable transcripción anterior resulta patente que la estrategia constitucional del desarrollo sostenible no está considerada, ni siquiera invocada por este preámbulo jurídico que programa la educación básica en el país. La imprescindible transcripción del texto legal, axiomáticamente nos visualiza la carencia de enfoque filosófico alguno sobre consideraciones básicas de la Ley de Educación sobre la naturaleza y el deber constitucional de su protección cuando define como objeto único: “(...) fijar los principios y fines generales que deben inspirar y orientar la educación, establecer las regulaciones básicas para el gobierno, organización y más funciones del sistema educativo y determinar las normas fundamentales que contribuyen a promover y coordinar el desarrollo integral de la educación..”.

El tenor literal de la Ley que debería fijar como objetivo fundamental el régimen del *Buen Vivir* mediante la práctica del sistema de desarrollo sostenible (que promueva la proscripción o limitación de los delitos contra el ambiente), nada, absolutamente nada nos dice, cuando menos como mera eufonía. Luego ¿qué podemos esperar de los estudiantes, maestros y campesinos? (estos últimos que desarrollan su vida en ámbitos de pobreza extrema); ¿cómo podremos exigir a los catedráticos excelencia en los procesos de la pedagogía?

Declara el Reglamento de la Ley de Educación para la Democracia:

“(...) que en todos los planes y programas de estudio del sistema educativo del país, tanto en los niveles de educación básica como de bachillerato, cursos de formación artesanal y capacitación ocupacional, deberá constar como eje transversal, de manera pluralista y no dogmática, la educación en valores, democracia, integración, igualdad, justicia y derechos humanos...”.

Como se advierte en la Ley de Educación Superior o en la Ley de Libertad de Educación de las Familias del Ecuador, no se mencionan, ni siquiera referencialmente, el nuevo programa del desarrollo sostenible por el que viene luchando gran parte de la humanidad y que para el Estado es obligación preponderante. En otro ámbito, la Ley Orgánica de Aduanas, la Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático, el Texto Unificado de la Legislación del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad tampoco reconocen ninguna expresión que cuando menos por sinonimia pueda colegirse que hace alusión al nuevo programa constitucional del desarrollo sostenible, leyes que deben ponerse a tono con la Carta Magna.

En la lectura de la Ley Orgánica de Salud, -que ejecuta políticas de gestión ambiental- tampoco hay mención alguna al nuevo régimen de la política estatal sobre el desarrollo sustentable, cuando entre sus objetivos sustantivos señala:

“...La presente Ley tiene como finalidad regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución Política de la República y la ley. Se rige por los principios de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoque de derechos, intercultural, de género, generacional y bioético...” (?).

Finalmente, evidencia de esta falta de sintonía y armonización de las leyes infraconstitucionales es la propia Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, que entre sus disposiciones de control no entrelaza el concepto del desarrollo sostenible como el marco básico y referencial para toda acción administrativa destinada a la protección del patrimonio natural⁵³.

Ante el somero análisis que precede, la incógnita de escudriñar el área educativa como un referente que toda sociedad tiene como esperanza de que tenga articulado un programa de cuidado del ambiente -destinado a reproducir orden, disciplina, prácticas de valores y progreso con manutención de la naturaleza, de hacer inclusive apología y praxis conservacionista- deja como frustrante conclusión solo la lectura de un lastimero “programa” de “evolución” vacío, carente de este direccionamiento nuclear que abalzaría la actual existencia humana y de las

⁵³ Ver Art. 66 que define el Patrimonio Nacional de Áreas Naturales

generaciones venideras por el sendero del orden y de justicia social. Esta panorámica mirada nos provoca escepticismo respecto a que el actual entramado jurídico-educativo sea un referente para la tarea educativa, constructora y concientizadora que requiere con urgencia la magna cruzada universal del desarrollo sustentable.

2.1 Infracciones Administrativas Ambientales. Organismos Competentes para Investigar y Sancionar. El Debido Proceso

El control y ordenación de actividades de los sectores involucrados en la gestión ambiental está a cargo del Ministerio del Ambiente, organismo que utiliza el Derecho Administrativo como mecanismo sancionador (multas) respecto de las conductas perturbadoras del ambiente. En este control el Ministerio del Ambiente debe tratar, en grandes cifras, los problemas sustantivos que se derivan de actividades que ocurran sistémicamente en la jurisdicción bajo su control con el fin de corregir o sancionar determinados comportamientos de los cuales puede derivar consecuencias perniciosas a la población y por lo mismo al ambiente. Esta naturaleza de labor difiere del derecho sancionador punitivo asignado a la función judicial, cuando esta (Fiscalía) descubre lesividades peligrosas para la comunidad.

Las leyes de Gestión Ambiental (y sus normas secundarias de aplicación), de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, Orgánica de la Salud, Ley que Protege la Biodiversidad en el Ecuador, Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, Ley de Hidrocarburos, Ley de Minería; y, los Acuerdos N° 039 (Normas para el manejo forestal sustentable para aprovechamiento de madera en bosque húmedo), N°40 (Normas para el aprovechamiento de madera en bosques cultivados y de árboles en sistemas agroforestales), N°128 (Normas para el manejo sustentable de los bosques andinos), N° 037 y 128 (Normas de procedimientos administrativos para autorizar el aprovechamiento y corta de madera), N°244 (Normas para el manejo forestal sustentable del bosque seco), N°265 (Procedimiento para la adjudicación de tierras del patrimonio forestal del Estado y bosques y vegetación protectores), constituyen una ampulosa normativa que, después de la Constitución y de los Convenios Internacionales, permiten al Ministerio del Ambiente ejercer autoridad ambiental nacional, tanto en el ámbito de la gestión ambiental como en el de la conservación de la diversidad biológica. Esto no impide que, a través de procesos especiales de delegación o desconcentración, los organismos sectoriales adquirieran competencias vía acreditación, o tal como sucede con el Parque Nacional

Cajas en la provincia del Azuay, que mediante convenio de delegación para la gestión y manejo de dicha área, patrimonio natural del Estado, mantiene competencia ambiental sobre dicho sector.

Para activar la intervención del Ministerio del Ambiente⁵⁴ (en el Azuay, la Dirección Regional del Ministerio del Ambiente), quienes se sientan ofendidos por alguna acción u omisión dañosa (o potencialmente dañosa) pueden interponer acciones de protección a las que se refieren el capítulo de garantías constitucionales que prevé la Carta Magna⁵⁵. Se viabiliza este procedimiento -que aparece como el más idóneo para controlar o suprimir potenciales riesgos ambientales- a través de lo que se denomina la demanda de la garantía específica⁵⁶. El Art. 18 bis, señala que en la resolución que se adopte en forma inmediata (luego de concluir la audiencia pública) el Presidente de la Corte determinará:

“(...) la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del Derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud”.

Como consecuencia de esta resolución vendría la reparación económica, la responsabilidad administrativa, la repetición y el cumplimiento-

Aparte de esta denuncia analizada, conforme el Art. 43 *ibídem*, cualesquier persona que esté vinculada por un interés común frente a la acción dañosa del ambiente puede demandar civilmente los daños causados, sin perjuicio de la persecución penal que plantea el Código de Procedimiento Penal y la Ley Forestal de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre.

⁵⁴ Art. 42, *Ley de Gestión Ambiental*

⁵⁵ Arts. 86 a 94, *Constitución del Ecuador*

⁵⁶ Art. 8. *Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional*

En cuanto al procedimiento administrativo para imponer sanciones, conforme la Ley Forestal de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre⁵⁷, corresponde al Ministerio del Ambiente la competencia para juzgar las infracciones tipificadas por dicha Ley⁵⁸. Son los jefes de distrito nacional y jefes de área natural quienes conforme al debido proceso⁵⁹ sustancian los casos utilizando normativa del Código de Salud (Art.45). Dicho procedimiento alcanza a los 27 días incluida la apelación. Conviene destacar que en materia de infracciones administrativas el régimen sancionador no contiene un catálogo sobre calificación de infracciones, como ocurre con la normativa administrativa española que categoriza infracciones administrativas como leves, graves o muy graves.

Por esa función de mayor o menor gravedad existen aparejadas sanciones correlativas que implican multas de diversa cuantía, suspensión o revocatoria de la licencia ambiental para ejercer actividad comercial o productiva, incautaciones, decomisos. Las sanciones por la gravedad van desde los 6.000 a los doscientos millones de euros. Dicho régimen además determina graduación de la sanción en base a parámetros de culpa, reiteración, beneficios obtenidos, grado de daño causado al ambiente o grado de peligro causado a la salud humana. Este tipo de graduación de las infracciones administrativas que es justo y causal, no está previsto de ninguna forma en nuestro régimen administrativo sancionador.

Otro de los ritualismos procedimentales que caracteriza los expedientes administrativos en la normativa de España, es aquel relacionado a que las resoluciones administrativas están gobernadas por el principio de preclusión a tal punto que cuando se produce un recurso de apelación opera indefectiblemente el *silencio administrativo*.

Desde otro ámbito, como se analizó en el capítulo anterior, nuestra Ley Forestal tipifica como infracciones administrativas, hechos de categoría delictiva cuya competencia, desde las reformas al Código Penal del año 2000 corresponde también a los órganos de persecución penal (Fiscalía y Función Judicial), lo cual ha creado el problema jurídico de concurrencia de leyes tanto para la aplicación del trámite a seguir cuanto en relación a la competencia de la autoridad, es decir, a la reacción inmediata de la autoridad competente para incoar las investigaciones. De acuerdo con

⁵⁷ Art. 94, Ley citada

⁵⁸ Arts. 78 a 93 ibídem

⁵⁹ Arts. 95 a 98 ibídem

las Constitución, son inaplicables todas aquellas disposiciones que contienen frases por las cuales se proclama el doble juzgamiento⁶⁰.

Los principios de Legalidad, *non bis in idem*, proporcionalidad, (del que se origina la razonabilidad) ofensividad, que sostienen los principios materiales del Derecho Penal como son el bien común político y la dignidad humana, son:

“(...) los criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación que expresados en reglas y aforismas tiene virtualidad y eficacia propias con independencia de las normas formuladas en el plano positivo...representa una técnica jurídica que cubre el silencio de la leyes....permite el alejamiento de cualquier arbitrariedad en la aplicación de la norma, (...) son las cuestiones no reguladas que activan el entramado de los principios jurídicos en general (...)”⁶¹.

Guillermo Yacobucci, en su genial obra “El sentido de los Principios Penales”⁶² enseña que estos pretenden resguardar las libertades fundamentales atendiendo a que la intervención pública sea idónea, indispensable y proporcionada y que los principios:

“(...)actúan como elementos integradores frente a las denominadas lagunas del derecho porque pueden ser vistos como una referencia a las causas que motivan, producen, explican, justifican la presencia del *ius puniendi* en la convivencia política, es decir la fuente real u ontológica de la que surge la realidad llamada “Derecho Penal(...)”

Ahora bien, no puede escapar a este análisis el tema de la prescriptibilidad de una acción administrativa, puesto que por declaración constitucional las infracciones que hubiesen provocado daños ambientales⁶³ son imprescriptibles. Esto significa que aquellos comportamientos que pongan en riesgo áreas del ambiente sí se someten, en cuanto a los trámites sancionadores, al régimen de prescriptibilidad de las acciones legales que franquea el Derecho Administrativo.

⁶⁰ Arts. 78,92, 93 y 98, *Ley Forestal de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre*; Art. 42, Ordenanza que regula la Gestión en el Parque nacional El Cajas y su Administración

⁶¹ Jaquenod, Silvia, op. cit. 424

⁶² Yacobucci, Guillermo, *El Sentido de los Principios Penales*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 93 a 98.

⁶³ Art. 396, *Constitución Ecuador*.

En lo relacionado a otro problema, esto es a la incautación y manejo de la evidencia a causa de infracciones flagrantes (delitos y/o infracciones administrativas) el Art.98 de la Ley Forestal prevé sin ninguna ritualidad, la venta en pública subasta.

Este procedimiento en el nuevo sistema de persecución penal acusatorio resulta improcedente, porque de darse el caso de que una autoridad administrativa asuma competencia *prima facie* sobre una ilicitud aparentemente administrativa y a causa de la referida norma subaste la evidencia y, en el supuesto de que la Fiscalía reclamara competencia sobre ese caso (por los problemas generados en la garantía del non *bis in idem* y la gravedad del caso), el Fiscal habría perdido el manejo de esa evidencia, a causa de la subasta ocurrida (?) poniendo en riesgo el caso, por destrucción de la cadena de custodia a la que están obligados los Fiscales en el ejercicio del debido proceso.

Sobre el análisis que precede, es de considerar impostergable sugerir se introduzcan reformas a la Ley Forestal para que además de tipificar los eventos que ponen en riesgo al ambiente y a la naturaleza, suprima aquellos dispositivos vigentes (y además los tipos infraccionales) orientados al doble enjuiciamiento que de acuerdo con nuestra reflexión son mecanismos procedimentales sin vigencia práctica.

Un importante principio en el contexto de la administración de la justicia administrativo-penal, es el *principio de razonabilidad* que se debe utilizar cuando una autoridad administrativa o del fuero penal deba declinar competencia mediante inhibición por razones de materia. Es decir, cada noticia sobre un atentado que ponga en riesgo al ambiente deberá ser conocida por una sola autoridad y obviamente el principio de legalidad garantizará un solo debido proceso para juzgar al infractor.

Hoy en día a través de los medios masivos de comunicación las noticias sobre afectaciones al ambiente (riesgos, tentativas) son diarias y en cada despacho de la administración pública pueden ser conocidas simultáneamente por las autoridades ambientales vía internet. A partir de este conocimiento -volviendo al tema de la competencia de reacción- una de las autoridades

deberá avocar conocimiento del caso y comunicar la fijación de su competencia⁶⁴ por cualquier medio de notificación (fax, internet). Este procedimiento alejaría cualesquier rémora por “tramite de competencias” y la posibilidad de que, desde el inicio, la dualidad o triplicidad de investigaciones o la inacción o incuria de las autoridades postergue la apertura de las investigaciones o anule el caso. Se garantizaría además el monitoreo de los argumentos y resoluciones de cada autoridad (por los superiores jerárquicos) a través de trabajo de una red informática para efectos de controlar la reacción de cada uno de ellos, pues como quedó señalado (capítulo II), la vía penal y administrativa son incompatibles.

Finalmente, sobre el apoyo policial con el que cuentan los tres organismos encargados de la persecución de las infracciones ambientales en el cantón Cuenca, existe una sola conclusión: dicha cobertura es casi nula. Los doce policías con los que se cuenta para el control ambiental⁶⁵, no cumplen tareas permanentes en las áreas críticas ni desarrollan patrullajes permanentes a lo largo del territorio cantonal o provincial. No existen controles permanentes en todas las vías que comunican las áreas naturales con la ciudad de Cuenca. Tampoco cuentan con tecnología satelital. Ellos, en vez de estar a órdenes del Fiscal de la unidad contra delitos ambientales, laboran en oficinas del Ministerio del Ambiente del Azuay. La Municipalidad a su vez cuenta con una decena de guardias forestales que no cumplen objetivos planificados de monitoreo ni control permanente y técnico en el Parque Nacional Cajas, área que registra severos problemas de contaminación a causa de la elevada movilidad por tráfico terrestre a causa del turismo (incontrolado) transporte de combustibles, y mercadería desde Puerto Bolívar.

2.2 Infracciones Penales Ambientales

La tipicidad de los delitos ambientales tiene como fecha de vigencia el 25 de enero del año 2000. A través de la creación de nueva tipología, la legislatura implementó los Delitos contra la Seguridad Pública mediante el capítulo XA, que agregó once artículos a partir del Art. 437 del Código Penal. Dicha reforma intentó actualizar un catálogo de eventos que estuvieron fuera del régimen sancionador penal, agregando de esta manera un plus proteccionista más severo en el

⁶⁴ *Principios de Seguridad Jurídica y Colaboración con la Función Judicial* de los Arts. 25 y 30 del Código Orgánico de la Función Judicial.

⁶⁵ Anexo 4, Oficio Nro. 2010-048-UPMA-CP-6, 23 de marzo del 2010.

control del ambiente, sobre todo del patrimonio estatal de las áreas naturales y de la vida silvestre en peligro de extinción.

La técnica que utilizó la legislatura para tipificar los delitos, fue la de *norma penal en blanco*. Técnica que consiste en definir en la ley penal el *delito tipo*⁶⁶ es decir definir el esquema general de una conducta intolerable o injusta, verbigracia: “*Tenencia de desechos peligrosos...vertidos de residuos contaminantes de cualquier clase*”, corresponden a las acciones del verbo rector: poner en peligro la salud humana o el medio ambiente.

Cuando se refiere a la comercialización de la vida silvestre o productos originarios de ella, la Ley Penal reprime el tráfico ilegal de especies protegidas. En las disposiciones referidas no constan qué sustancias son las prohibidas verter ni mantener. Tampoco consta el alistamiento de los objetos provenientes de la vida silvestre. Por este silencio, la ley penal en blanco traslada la identificación de aquellas sustancias y objetos a las leyes administrativas ambientales que generan la lista de las sustancias contaminantes y los objetos, (los animales son considerados cosas muebles por definición del Código Civil). Sin embargo, debido a que esta actividad administrativa -vía acuerdos, decretos y resoluciones- provoca una constante depuración de las especies protegidas, este catálogo de sustancias contaminantes y cosas que no pueden comercializarse-trafficarse no es publicado idóneamente por el Ministerio del Ambiente y por tanto se ocasiona desinformación permanente a la comunidad nacional e internacional.

En lo relacionado con la protección de la vida silvestre, ocurre igual. Por el control ambiental existe una población de la fauna silvestre protegida sobre todo en las aéreas naturales (de ahí que la caza está controlada estrictamente). Dicha fauna y vegetación protegidas constan por resolución del Ministerio del Ambiente⁶⁷ en el alistamiento de diferentes estudios e investigaciones de expertos quienes han publicado los denominados *Libros Rojos* sobre mamíferos, aves y plantas endémicas protegidas en el Ecuador.

Por lo que se deja evidenciado el derecho penal resulta accesorio del derecho administrativo pues el Art. 5 de la Ley Forestal, define que es el Ministerio del Ambiente el que lleva adelante el control

⁶⁶ ZAVALA BAQUERIZO, *Delitos Contra las Personas*, Edino, p.105

⁶⁷ Resolución del Ministerio del Ambiente, 19 de agosto de 2003. Registro Oficial N° 679.

de los recursos naturales. Por otra parte la Ley de Gestión Ambiental por previsión del Art.1 declara su competencia para establecer principios y directrices de política ambiental, así como el control y sanciones sobre la gestión ambiental) Consecuentemente, la gestión ambiental desde el punto de vista de la persecución penal sobre los graves atentados al ambiente, sigue postergada muy a pesar de que la gestión ambiental tiene como herramienta jurídica, entre otras, al Derecho Penal. Así la tipicidad penal está relegada por el reenvío de parte de la tipicidad hacia el área administrativa (decretos, acuerdos ministeriales) con lo cual la seguridad jurídica de los derechos colectivos, de la naturaleza, se ve disminuida en su protección.

Otro de los problemas que acarrea la tipicidad consiste, en que cuando el Código Penal no establece taxativamente la acción punible corre el riesgo de vulnerar el principio de legalidad, por el uso de “vaguedades y/o terminología polisémica”⁶⁸. Al respecto Carbonell⁶⁹ citando a Beccaria señala que constituye un mal mayor

“(...) cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cual será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma parte de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico(...)”.

2.3 Diferencias entre Infracción Ambiental Administrativa y la ilicitud Penal Ambiental

Siguiendo a Jesús María Silva Sánchez⁷⁰, la distinción de las infracciones administrativas y los injustos penales radica en el *carácter tutelador de la norma*. Mientras que el Derecho Penal protege bienes concretos, mediante criterios de lesividad y peligrosidad concretos así como de imputación individualizada, el Derecho Administrativo sancionador persigue la ordenación competencial de modo general sobre sectores de una determinada actividad (modelos de gestión). Por ello no sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta sino de afectación general y estadística.

⁶⁸ CARBONELL, Miguel *Nueva Interpretación del Principio Constitucional de Legalidad en materia Penal*, Revista de Ciencias Penales, Iter Criminis, México 2006,.pag 39

⁶⁹ Op. cit

⁷⁰ Op.cit. p.100

Para viabilizar la tutela jurídica, la Constitución prevé como Principios de Aplicación de Derechos, que el bloque de derechos fundamentales puede ser exigido individual o colectivamente. Es decir, que los derechos establecidos por los instrumentos internacionales de los derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación, y además, serán exigibles otros derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento⁷¹.

El principio de lesividad según apunta Zaffaroni se expresa por la siguiente expresión: “mientras no hay lesión no hay un conflicto, mientras no hay conflicto no puede haber un delito y, por ende sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse”⁷². Por este principio -acota el tratadista- no cabe la tutela de bienes jurídicos que estén en peligro (peligro abstracto). Este pensamiento está inserto en su destacada teoría del minimalismo penal. Para Ferrajoli⁷³ en cambio el principio de lesividad (*nulla necessitas sine iniuria*) consta entre los diez axiomas del garantismo penal que él propugnara y tiene como fundamento axiológico: *la naturaleza lesiva del resultado*, esto es los efectos que produce o que puede producir una acción de carácter delictivo o *pro-delictiva*. En su argumentación Ferrajoli utiliza el concepto del *bien jurídico tutelado* y la relación existente entre dicho bien, la política criminal y el peligro corrido por los derechos fundamentales calificados, esto es no solo aquellos derechos clásicos individuales y liberales, sino también los colectivos y/o sociales como el derecho al medio ambiente o a la salud. Pero también subraya que deben incluirse en dicha cobertura “otros bienes que no son derechos, como es el interés colectivo, pues debe tratarse de un daño o de un peligro verificable o evaluable empíricamente”⁷⁴.

Queda claramente distinguido por el más destacado exponente del neoconstitucionalismo, que el peligro abstracto debe estar incriminado en la normativa penal, pues la criminalización de conductas riesgosas para el ambiente, constituyen *per se* peligro para el hombre y la naturaleza. Criminalizar estas conductas permite la tutela de los derechos fundamentales y otros de interés

⁷¹ Art. 11, *Constitución del Ecuador*

⁷² Zaffaroni, op. cit. p. 110

⁷³ Op, cit. p. 93 a 100.

⁷⁴ Op. cit. p. 472

colectivo⁷⁵ que nuestra Carta Magna los reconoce literalmente en el Art 11. La doctrina analizada, sirve de sustento para la conclusión medular de nuestra posición: la de considerar urgente la necesidad de proteger a la comunidad y a la naturaleza a través del Derecho Penal. Pero además, la necesidad práctica de dar al Derecho Penal su rol prevalente en el control social frente a la normativa confusa del Derecho Ambiental sancionador, puesto que un descuido en la sanción de comportamientos *prodelictivos* causaría tragedias irreparables como la que estamos siendo testigos por la hecatombe de la destrucción de la vida marina ocurrida en el Golfo de México.

Afianzamos también nuestra interpretación con el estudio de Claudia Storini⁷⁶ quien al comentar la naturaleza de las acciones cautelares garantizadoras de los derechos que contempla nuestra Carta Magna, precisa que tales acciones constitucionales podrán interponerse cuando se trate de evitar la vulneración de derechos o cuando debe detenerse el cometido de una violación de derechos sin importar en ningún caso la gravedad: “basta que exista una violación o tan solo el peligro de una violación de un derecho reconocido en la Constitución para que pueda plantearse la acción (...) la Constitución confía al Poder Judicial la defensa de todos los derechos. Se trata de una defensa perfectamente garantizada”

⁷⁵TORBISCO CASSALS, NEUS *La Interculturalidad Posible: el reconocimiento de los Derechos Colectivos*. Los Derechos Colectivos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.2009.p.83

⁷⁶ STORINI, Claudia, “*Las Garantías de los Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana del 2008*”, incluido en Revista Procesos, UASB, Quito, 2010.

CAPÍTULO III

PROPUESTA PARA UNA CONCENTRABILIDAD DE LAS ACTIVIDADES INVESTIGATIVAS FRENTE A LOS ATENTADOS CONTRA EL AMBIENTE EN EL CANTÓN CUENCA

Debido a los múltiples problemas que derivan de la tipicidad penal⁷⁷, la Asamblea Nacional debe asumir con urgencia la reforma legislativa sobre la tipología que utiliza la técnica de tipicidad en blanco por el reenvío al ámbito administrativo de parte de su tipicidad en materia ambiental.

Al momento se está trabajando en la promulgación del Código Orgánico de Garantías Penales. La Universidad Técnica Particular de Loja podría articular un anteproyecto de reformas sobre la nueva tipicidad de delitos ambientales. Específicamente, la técnica legislativa de los tipos penales de *lege ferenda*, sería la más coherente para la tutela de los bienes del ambiente y la naturaleza, porque cada tipo, cuando deba referirse o complementarse con especificidades administrativas (los elementos normativos del tipo) que no corresponden a la acción nuclear⁷⁸ del tipo, para complementar la descripción de los Arts.437F , 437F y 437H, utilizaría la referencia explícita del documento oficial, verbigracia: “en los casos de comercio ilegal de fauna o vegetación protegida, el tipo penal debería decir: el que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice especies de flora y fauna que estén legalmente protegidas en los libros rojos registrados oficialmente en el Ministerio del Ambiente.

Así los tipos penales vigentes abandonarían la vaguedad del término “*legalmente protegidas*” que insinúa la existencia de variada normativa pero que a fin de cuentas corresponde a los libros rojos que se renuevan día a día por los problemas de presión a la naturaleza. La reforma permitiría además el control del tráfico internacional de especies amenazadas, conforme a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). La caoba por ejemplo es una especie protegida, sin embargo conocemos que su tráfico sigue dándose desde nuestra selva amazónica hacia esta ciudad.

⁷⁷ Capítulo II

⁷⁸ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, Lexis Nexis-Argentina, 2002, p. 243

Estas reformas deberían estar asociadas con campañas educativas del Ministerio de Educación y del Ambiente, sumadas a los programas de difusión de la Fiscalía, y se constituirían instrumentos de publicidad idóneos para la prevención de las acciones destructoras de la vida silvestre.

Delimitado como está el problema competencial en el cantón Cuenca por la concurrencia de normativa sustantiva y adjetiva para la reacción de las autoridades que confluyen en el cuidado ambiental; los pasos que deben ser asumidos por la Fiscalía, Ministerio del Ambiente y Municipalidad respecto de los incendios y comercialización de vida y productos provenientes de áreas protegidas en el cantón debe ser que dicho control especialmente de las ilicitudes más concurrentes (quema de vegetación y tráfico de vida silvestre) constituya materia de persecución penal exclusiva a cargo de la Fiscalía.

La experiencia del Derecho Penal Español no se puede desconocer como pauta jurídico-doctrinaria, puesto que en dicha legislación cuando ocurre concurrencia de penas (actos copenados) respecto de un mismo hecho (lo que ocurre en nuestra jurisdicción) por *principio de alternabilidad*, se aplica la pena más grave. Este procedimiento provoca un efecto “que el precepto menos grave nunca podrá aplicarse, por lo que ha de entenderse *derogado* por el más grave...”⁷⁹.

Así, encontraríamos en el recurso de la administrativización procedimental, uno de los instrumentos más útiles para resolver el problema actual en base al bloque de principios *pro natura* (precaución, prevención, realidad, unidad de gestión, mantenimiento del capital natural, desarrollo sostenible, acción sostenible, aspectos colectivos e individuales, soberanía estatal, equidad intergeneracional, participación ciudadana, contaminador pagador, cooperación, coordinación). Por tanto el problema competencial-sancionador advertido en párrafos precedentes, tendría esta alternativa de solución hasta cuando vía reforma de la legislatura se de la migración de toda una gama de conductas -que al momento constan en la tipología administrativa- hacia el Código Penal.

Esta *administrativización* resultaría de mucha utilidad porque la amenaza de sanciones -que actualmente están también en el fuero administrativo- en caso de consumación de eventos criminales que *per se* suponga riesgo (peligro abstracto de naturaleza culposa) a los bienes jurídicos ambientales, impediría a tiempo la ocurrencia de *ecocidios* como el que deploramos por

⁷⁹ MIR PUIG, op. cit. P.651

la gravísima contaminación que al momento devasta ecosistemas del Golfo de México y las costas de la Florida. Con ello nos anticiparíamos a prevenir la consumación de catástrofes, pues siendo los fiscales jurídicamente competentes para reprimir potenciales riesgos causados por comportamientos delictivos, a través de medidas cautelares, nos antelaríamos a estos graves cataclismos que sin causar daños ambientales (delitos de resultado) constituyen delitos de peligro⁸⁰.

En esa dirección la política criminal del Estado, apuntaría a aplicar lo que es parte de su obligación proteccionista de los recursos naturales, basada en los principios ambientales que gobiernan las relaciones internacionales (recordemos que la Constitución ecuatoriana está limitada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸¹) Nuestra Carta Fundamental reconoce explícitamente a los principios del Derecho Internacional como los de *Precaución, Prevención, Desarrollo Sustentable*⁸². Por su parte la Ley de Gestión Ambiental ha recogido también valiosos principios enunciados en distintos convenios y tratados internacionales: solidaridad, corresponsabilidad, cooperación, coordinación.

Ahora bien, con el fin de que esta propuesta no quede contenida meramente en el presente trabajo se debe coordinar interinstitucionalmente entre Fiscalía, Ministerio del Ambiente y Municipalidad del cantón Cuenca para proponer administrativamente que la Fiscalía asuma la persecución de estos dos fenómenos delictivos (Título VI de la Constitución Española) que al momento, *ipso iure*, pueden ser conocidos por los tres entes de la administración pública, estableciendo además a través de mesas de trabajo que el Ministerio del Ambiente y la Municipalidad contribuyan con el noticiamiento de esos eventos criminales así como también con el asesoramiento técnico interdisciplinario sobre la variada temática ambiental que utiliza la Fiscalía en la construcción de la teoría del caso y por ende de las acusaciones penales. En la redefinición del asunto competencial planteado, se deben involucrar a los principales gestores de la política pública. Este compromiso que es procedente⁸³ permitirá que la abulia de los tres entes encargados de la persecución de

⁸⁰ LIZOUR, Helena, *Responsabilidad Ambiental*, Séptimo Módulo, Guía didáctica, UTPL, 2008, p. 56

⁸¹ Arts. 11.3 y 11.7, *Constitución del Ecuador*

⁸² Arts. 3, 10, 14, 15, 83,395, 396 y 397. *Constitución del Ecuador*

⁸³ *Constitución de la República del Ecuador* Art. 85

ilícitos ambientales⁸⁴ sea desterrada. Esta estrategia administrativa deberá ser consolidada también mediante una importante divulgación a través de los medios de comunicación. Según la corriente Española, la confluencia o conflicto de leyes se soluciona por la aplicación del principio de especialidad del precepto⁸⁵. Aparentemente en nuestro país sería la normativa administrativa la que optaríamos para sustanciar los casos. Empero, repugna pensar que frente al exterminio de especies silvestres dentro de un ecosistema, (infracción administrativa contenido en el tipo del Art. 79 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre) un juez o fiscal ceda competencia a un ente administrador para que éste sancione al infractor con la risible multa de doscientos cincuenta dólares (?). En consecuencia, retomando esta corriente doctrinaria, sería la normativa penal que tiene sindéresis con la normativa prevalente, la aplicable (la normativa administrativa, aparte de ser arcaica, está desconectada de la Constitución). La especialidad radica en que nuestra ley penal esta sintonizada con el programa del desarrollo sostenible, que define la Carta Fundamental como deber prioritario del Estado Ecuatoriano, a lo que debemos sumar como argumento la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en el contexto de la tutela universal y nacional del ambiente, contexto en donde la naturaleza en el Ecuador ostenta derechos. Con razón Ávila Santamaría sostiene:

[...] El juez con atribuciones de control constitucional crea Derecho. En cambio en el sistema tradicional el juez simplemente aplica reglas. El juez prevarica en este último caso sino aplica la Ley, en el régimen constitucional prevarica si no aplica la Constitución cuando prevalece sobre la Ley⁸⁶. Finalmente reiteramos nuestra recurrente interpretación de la Constitución sobre la aplicabilidad de la ley de leyes: El Art. 11.5, al consagrar el principio de efectividad establece que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan a su efectiva vigencia.

Esta norma se enlaza al precepto 426 ibídem que prevé la aplicación directa de la norma constitucional, utilización que como dejo señalado ha sido discurrida brillantemente por el Constitucionalista Ávila Santamaría. Conviene subrayar que la interpretación de la Carta

⁸⁴ El informe de la gestión ambiental del Municipio solo da cuenta de..... es decir ningún caso de incendio de pajonales ha sido juzgado ni investigado.....

⁸⁵ MIRPUIG *Santiago* ob, citada pág. 648

⁸⁶ Ob. citada

Fundamental no es patrimonio exclusivo de la Corte Constitucional, sino que en democracia la interpretación de la norma suprema está abierta para todos los ciudadanos: [...] en los procesos de interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un número clausus de los intérpretes de la Constitución...⁸⁷

Resulta asimismo imperioso implementar con urgencia la dotación de personal policial a órdenes exclusivas de la Fiscalía Especializada para que organice el control sobre los riesgos ambientales punibles (que solo están categorizados como delitos de peligro en el texto de los Arts. 437^a, 437B el Código Penal) y el control de la comercialización ilegal de especies protegidas.

Se debe además implementar monitoreo de la presencia policial en lugares estratégicos de control, estudio de de información diaria, etcétera. Para ello la Fiscalía deberá contar con mayor personal de apoyo puesto que en estas acciones el Fiscal deberá salir constantemente a verificar puestos de control, a pesquisas in situ y otras. Además, el fiscal deberá contar con tecnología de comunicaciones satelitales de última generación, GPS, etc. y establecer contacto con las comunidades en las que el mapa de infracciones ambientales así amerite, para lograr concienciar a dichas comunidades sobre la relevancia de los bienes que protegemos a través del Derecho y comprometer a que ellos se organicen en torno a las acciones que permitan coadyuvar con esos controles.

⁸⁷ GRIJALVA, Agustín, al citar a Peter Haberle. Artículo invocado.

CONCLUSIONES

Motivación significativa para este estudio ha sido el conocimiento aprehendido a lo largo de mi formación como estudiante de la UTPL respecto a los gravísimos problemas ambientales que afronta la humanidad. A este acervo adquirido contribuyo con planteamientos concretos sobre problemas procesales relacionados con el control jurídico-sancionador de los atentados al ambiente y naturaleza.

Desde mi experiencia y considerando el contexto de la impunidad que identifica la gestión ambiental de la justicia conforme se ha analizado me he permitido esbozar soluciones respecto de los problemas fácticos que obstaculizan al régimen jurídico sancionador en materia ambiental en el cantón Cuenca.

El nuevo constitucionalismo ha postergado la utilización de la violencia estatal a través del *ius puniendi* a la última necesidad y por tanto aboga por el minimalismo penal (primero demostrar la culpabilidad mediante sentencia ejecutoriada para luego encarcelar), filosofía con la que estamos de acuerdo. Pese a esto hemos sustentado la impostergable necesidad de que sea el Derecho Penal el que se haga cargo del control de las acciones que lesionan materialmente los bienes jurídicos del ambiente y la naturaleza, (pues la presión que soporta a cada instante el ambiente es indescriptible), pero además de que se criminalice conductas que pongan en riesgo la intangibilidad del ambiente, es decir la acción preventiva, *a priori*, versus la lucha a posteriori⁸⁸.

Hemos argumentado además que cuando se produzca el atentado criminal- vía argumentación constitucional, principio de proporcionalidad, razonabilidad, precaución- la *última ratio*, sea canalizada a prioridad uno, con el fin de la justicia intervenga con mano dura, inflexiblemente, por la argumentación recurrentemente invocada en el presente trabajo: la cobertura de los derechos fundamentales colectivos y difusos, pero sobre todo porque nuestro sistema ha dotado a la

⁸⁸ JAQUENOD, Silvia, Principios Jurídicos Ambientales, Tercer Módulo, UTPL, 2008, p. 24.

naturaleza de personería jurídica, como un ente al que se le reconoce todos los derechos que proclama la Constitución en cuanto a su protección⁸⁹, pero además porque los recursos ambientales son finitos y muchos, no renovables.

Así mismo hemos planteado que de continuar permitiendo que el Derecho Administrativo sancionador siga *multando* por los graves atentados a la naturaleza (¡ el exterminio de vida silvestre al momento está sancionado con una multa de entre uno y diez salarios mínimos vitales generales: Art. 79 de la Ley Forestal !) sería minimizar la tutela de los bienes jurídicos ambientales a expresiones de barbarie o contribuir por omisión al sistemático e imperceptible avance de la destrucción del ambiente hasta cuando ya no exista nada que proteger, es decir hasta cuando la humanidad (la próxima generación) se quede a proteger los despojos.

Esta miopía no puede seguir. Por ello, el Derecho Penal debe erigirse como la herramienta más eficaz para el control de la depredación. El problema de superpoblación, riqueza y explotación de la pobreza, solo podrá contenerse con revoluciones auténticamente emancipadoras sustentadas en justicia distributiva y el desarrollo sustentable, hasta que ello ocurra el Derecho debe subsidiar estas calamidades del hombre.

Aparte del tema jurídico, la lectura de la investigación, deja claramente evidenciado un problema allende: la pobreza educativa en la que nos debatimos los ecuatorianos sobre materia ambiental. En consecuencia se señala como otra necesidad paralela a las actividades de los operadores de la justicia, la nueva tarea educativa que debe emprenderse -como la ya incoada por UTPL- para introducir los saberes sobre gestión y Derecho Ambiental en toda la administración pública (principio integral), pues sólo con estos conocimientos podremos estandarizar la conducta generalizada hacia el desarrollo sostenible, programa contemplado en la Constitución, en la Ley de Gestión Ambiental así como en la Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos que sin embargo no aparece -ni por indicios- en alguna actuación oficial.

Finalmente se ha trazado la metodología para desenvolver los nudos de la crisis procedimental en la que estamos inmersos los organismos estatales con la consiguiente desprotección jurídica de la colectividad. La evidencia que ha dejado el sabor amargo en la comunidad ha sido expuesta con

⁸⁹ Capítulo Séptimo, Título I, *Constitución del Ecuador*

el dramatismo que estos temas deben ser presentados⁹⁰.

Nuestra propuesta queda abierta y será entregada a quienes tienen el rol de la tuición ambiental: Gobierno Local, Fiscalía, Ministerio de Ambiente. Queda además el compromiso de dar cuenta sobre el destino de la misma.

Al cerrar este colofón, sin bien hay sentimientos de impotencia, frustraciones y dolor por el estado en el que se encuentra el control del ambiente y la naturaleza en nuestro contexto vital queda también cierto rescoldo de esperanza que nos invita a continuar investigando y proyectando nuestras acciones en la comunidad.

⁹⁰ Capítulo III

BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008
- ÁVILA ORDOÑEZ, María Paz y María Belén Corredores Ledesma, editoras, *Los Derechos Colectivos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009
- BUCHELY GARCÍA, Franklin, *Parque Nacional Cajas*, Municipalidad de Cuenca, Cuenca, 2007
- CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Penal*, Tomo 2, Editorial Carrara, 1990
- CARBONELL, Miguel y Rodolfo Vázquez, compiladores, *Globalización y Derecho*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009
- COURTIS, Cristhian y Ramiro Ávila Santamaría: *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009
- ECHEVERRÍA, Hugo, *Revista Novedades Jurídicas*, año V, N°26, abril 2008 Ediciones Legales, Quito-Ecuador.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo penal*, I Tomo, Trotta, Madrid, 2001
- FONTÁN VALESTRA, Carlos, *Derecho Penal*, LexisNexis, Buenos Aires, 2002
- GALLEGOS ANDA, Carlos y Danilo Caicedo Tapia editores, *Derechos Ancestrales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009
- JAQUENOD DE ZOGON, Silvia, *Derecho Ambiental, Preguntas y Respuestas*, Dykinson S.L. Madrid, 2001

- JAQUENOD, Silvia, *Derecho Ambiental*, Dykinson, 2004, p. 41
- LARREA ANDRADE, Mario y Sebastián Cortés, *Derecho Ambiental Ecuatoriano*, Ediciones Legales EDLE.S.A, Quito, 2008
- SALGADO, Hernán, *La Nueva Dogmática Constitucional en el Ecuador*, en www.juridicas.unam.mx.
- Silva Sánchez, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal*, Cuaderno Civitas, Buenos Aires, 1998
- YACOBUCCI, Guillermo, *El Sentido de los Principios Penales*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2002
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Primera Ed., Buenos Aires., 2005
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El Debido Proceso Penal*, EDINO, Quito, 2002
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *Delitos Contra las Personas*, EDINO, Guayaquil, s.f.
- Varios Autores, *Guías Didácticas*, 9 módulos, UTPL, Loja, 2009
- Constitución del Ecuador 2008
- Código Penal
- Código Civil
- Código de Procedimiento Penal
- Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre

- Ley de Gestión Ambiental
- Ley de Minería
- Ley de Educación Superior
- Ley de Educación de la Familia Ecuatoriana

ANEXOS

1. Oficio N. 154 del día 6 de Abril de 2010, suscrito por el Fiscal de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Medio Ambiente del Azuay.
2. Acta que contiene la resolución de admitir la suspensión condicional del proceso 394-2010, del día 25 de marzo de 2010.
3. Memorando N. MAE-UAJA-210-0069, suscrito por el Director Provincial del Azuay y Regional del Azuay, Cañar y Morona Santiago, del Ministerio del Ambiente.
4. Oficio N. 2010,-048-UPMA-CP-6 del 23 de marzo de 2020, suscrito por el Subteniente de Policía Euclides Flores Villafuerte, Jefe de la Unidad de Protección del Medio Ambiente del CP6.
5. Oficio N. 227-010 UDCAP/MA, suscrito por el Dr. Mateo Ríos Cordero, Agente Fiscal de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Medio Ambiente del Azuay