

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Problemática ecuatoriana del principio non bis in idem en
cuanto a su aplicación y desarrollo a la luz de la finalidad de
la pena y el principio de proporcionalidad en los delitos
penales ambientales**

Francisco José Molestina Guarderas

Trabajo de titulación como requisito
para la obtención de título de Abogado

Director: Dr. Hugo Echeverría Villagomez L.L.M

Quito, 1 de octubre de 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“Problemática del principio non bis in idem en cuanto a su aplicación y desarrollo a la luz de la finalidad de la pena y el principio de proporcionalidad en los delitos penales ambientales”

Francisco José Molestina Guarderas

Hugo Echeverría
Director del Trabajo de Titulación

Xavier Andrade
Lector del Trabajo de Titulación

Santiago Escobar
Lector del Trabajo de Titulación

Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Handwritten signatures in blue ink, each placed above a horizontal dotted line. The signatures correspond to the names listed on the left: Francisco José Molestina Guarderas, Hugo Echeverría, Xavier Andrade, Santiago Escobar, and Farith Simon.

Quito, octubre del 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACIÓN DE DIRECTOR/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO:

Problemática ecuatoriana del principio *non bis in idem* en cuanto a su aplicación y desarrollo a la luz de la finalidad de la pena y el principio de proporcionalidad en los delitos penales ambientales

ALUMNO:

Francisco José Molestina Guarderas

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado

Este trabajo plantea un problema jurídico de alta importancia para el derecho penal y el derecho ambiental, relativo a los efectos jurídicos derivados de la configuración actual del principio *non bis in idem*, para lo cual se examina el delito ambiental como estudio de caso.

Siguiendo la pauta constitucional de este principio (no dos veces por la misma causa y *materia*) el Código Orgánico Integral Penal dispone que la aplicación de sanciones administrativas, derivadas de los mismos hechos sancionados penalmente, no vulnera el principio de prohibición de doble juzgamiento. Examinando la problemática medio ambiental, en la que la ley penal y la ley administrativa tipifican la misma conducta -como delito e infracción administrativa- este trabajo cuestiona la configuración actual del principio; e, identifica una reacción punitiva desproporcionada que no correspondería a la estructura garantista de la Constitución ni a los principios *generales* del derecho penal ecuatoriano (mínima intervención). Esta configuración también sería inefectiva, ya que la pena no cumpliría su finalidad preventiva general, como tampoco se lograría la restauración de la naturaleza, afectada por el delito ambiental.

Tras una década de vigencia, la ley y la jurisprudencia han dado contenido al principio constitucional *non bis in idem*, aceptando que una persona pueda ser sancionada en sede administrativa y judicial, por el mismo hecho. Se trata de un escenario controversial, que se concreta en las infracciones ambientales; y, particularmente, las que atentan contra la vida silvestre.

A partir del análisis de casos sentenciados por delito contra la vida silvestre, el autor demuestra que la intervención del derecho penal es *inefectiva* -entre otras razones- porque la afectación a la naturaleza no se restaura con la privación de libertad del infractor; y, porque la suspensión condicional de la pena privativa de libertad implica que estos delitos sean penados con multa y comiso; es decir, con penas equivalentes a las sanciones previstas por el derecho administrativo para infracciones ambientales: multa y decomiso.

En cuanto a la reparación integral, la ley ambiental sería más adecuada para alcanzar la restauración de la naturaleza, ya que -por razones de especialidad- esta ley prevé mecanismos no previstos por la ley penal.

Además de estos aspectos, el problema planteado es importante porque aborda un tema complejo, aunque poco explorado por la doctrina nacional; y, también porque es un problema de actualidad, cuyos efectos podrían trascender la materia ambiental.



Se trata de un problema de tal dimensión que, en opinión del autor, requiere una revisión por parte de la Corte Constitucional, desde la perspectiva del principio de mínima intervención.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador

La hipótesis planteada por el investigador consiste en que el derecho penal *no es la disciplina más efectiva para tutelar al medio ambiente*. Esta hipótesis es trascendente no solo por el papel protagónico otorgado al derecho penal en esta materia, sino porque articula la problemática ambiental con una problemática mayor para el derecho penal: la progresiva expansión de su intervención punitiva en la sociedad contemporánea.

Por razones varias, incluyendo la ineffectividad de la potestad administrativa sancionadora, el derecho penal se expandió a nuevos ámbitos, como el ambiental. Si bien la doctrina ambientalista dio la bienvenida al derecho penal en esta materia, no solo en nuestro país sino en el mundo; no podría decirse lo mismo de la doctrina penal, que no es unánime al respecto.

Más allá del debate doctrinario, Ecuador fue parte de este fenómeno expansivo y tipificó delitos ambientales desde los años setenta. Desde entonces, ha transcurrido tiempo suficiente para evaluar la tutela judicial efectiva en materia penal ambiental. Al factor temporal, se suma el fortalecimiento del derecho administrativo y, particularmente, de la potestad administrativa sancionadora, lo cual ha derivado en una reconducción del derecho ambiental a su disciplina matriz: El Código Orgánico del Ambiente, de reciente vigencia, refleja esta realidad. Estos aspectos otorgan trascendencia a la hipótesis planteada por el investigador, la que se complementa con una importante aclaración en el sentido de que el derecho penal no es efectivo en la *forma en la que se lo está aplicando actualmente en el Ecuador*. De allí que el autor concluya que, en nuestro país, el derecho administrativo sancionador ofrece un esquema más efectivo en materia ambiental.

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

Los argumentos planteados y desarrollados son apropiados para un trabajo de titulación.

La hipótesis planteada está justificada desde tres ámbitos importantes para el derecho penal: finalidad de la pena, proporcionalidad y mínima intervención. En este contexto; y, a partir de casos reales, se demuestra que la configuración actual del principio *non bis in idem* genera una *sobre reacción* punitiva del Estado, que deja en evidencia las inconsistencias de la configuración del *non bis in idem* a la luz del derecho penal; así como su ineffectiva y hasta innecesaria intervención para proteger un bien jurídico como el ambiental.

Los argumentos planteados y desarrollados también se refieren al papel del derecho administrativo sancionador en la protección ambiental; que, en la actualidad, ofrecería mejores mecanismos para alcanzar los fines pretendidos a través del derecho penal.

En este marco, se observa pertinencia, coherencia y articulación adecuada en la argumentación, la cual está debidamente sustentada en fuentes de derecho penal y derecho ambiental.

Recordando que la configuración actual de este principio es distinta a su histórica configuración constitucional y legal, el autor concluye en la necesidad de evitar que se tutele doblemente bienes jurídicos que no requieren la intervención del derecho penal.

Por todas estas consideraciones, se estima que el trabajo de titulación logra demostrar la hipótesis planteada.



d) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Los documentos y materiales empleados son suficientes y pertinentes.

Aunque existe doctrina sobre derecho penal ambiental, los estudios específicos sobre el tema central de este trabajo, son escasos. De allí que se ha observado un esfuerzo del investigador por seleccionar bibliografía pertinente.

Entre los documentos, destaca la selección de fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales, las que aportan al análisis integral de la materia. También destaca la referencia a normativa y jurisprudencia comparada.

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



FIRMA DIRECTOR

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Firma:

Nombre: Francisco José Molestina Guarderas

Código del estudiante: 00113434

C. C. 1714556238

Fecha: Quito, 1 de octubre de 2019.

Agradecimientos:

A Dios

A mi familia, por su incondicional apoyo

A Camila Valdez, por compartir cada momento y cada etapa de este proceso

A mi profesor, Pier Pigozzi por toda su guía

Y a mi Director de Tesis, Hugo Echeverría, por todo su tiempo y dedicación

Resumen

En este trabajo analizo un problema jurídico que es relevante para la actualidad jurídica ecuatoriana: la problemática generada por la modificación constitucional al alcance del principio *non bis in idem*, que permite el ejercicio conjunto de la potestad punitiva, *ius puniendi*, a través del derecho penal y del derecho administrativo sancionador. Por medio de un análisis teórico; y, tomando como estudio de caso las infracciones contra el medio ambiente, demuestro que esta doble reacción punitiva no es efectiva para la protección al bien jurídico. Por el contrario, demuestro que es desproporcional y, además, inefectiva porque no cumple el objetivo preventivo en el ámbito penal. Además, esta doble tutela contraría el principio de mínima intervención penal.

Desde una aproximación penalista, mi hipótesis consiste en que el derecho penal no es la disciplina más efectiva para tutelar al medio ambiente. No, al menos, en la forma en la que se lo está aplicando actualmente en el Ecuador. Por otro lado, el derecho administrativo sancionador ofrece un esquema más efectivo su tutela. Para sustentar esta hipótesis examino la finalidad de la pena desde su perspectiva preventiva, el principio de mínima intervención penal, y el principio de proporcionalidad. A partir de estos antecedentes, y en función de casos por delito contra la vida silvestre, demuestro que la doble aplicación del poder punitivo del Estado deja al ciudadano en una situación de desigualdad de armas que no es conforme a la estructura garantista de la Constitución ni a los principios rectores del derecho penal. Todas estas razones permiten concluir que el ordenamiento jurídico ecuatoriano requiere un cambio conceptual que permita armonizar los nuevos alcances del principio *non bis in idem* para de esta manera evitar que se tutele doblemente bienes jurídicos que no requieren la intervención del derecho penal.

Abstract

In this paper I analyze a legal problem that is relevant for Ecuadorian legal system: the problem generated by the constitutional modification within the scope of the *non bis in idem* principle, which allows the joint exercise of the punitive power, *ius puniendi*, through criminal law and administrative sanction law. Through a theoretical analysis; and, taking as a case study the infractions against the environment, I show that this double punitive reaction is not effective for the protection of the legal good. On the contrary, I show that it is disproportionate and, in addition, ineffective because it does not meet the preventive objective in the criminal field. In addition, this double guardianship would contravene the principle of minimal criminal intervention.

From a criminal approach, my hypothesis is that criminal law is not the most effective discipline to protect the environment. Not, at least, in the way in which it is currently being applied in Ecuador. On the other hand, the sanctioning administrative law offers a more effective guardianship scheme. To support this hypothesis, I examine the purpose of the sentence from its preventive perspective, the principle of minimum criminal intervention, and the principle of proportionality. From this background, and based on cases of crime against wildlife, I show that the double application of the punitive power of the State leaves the citizen in a situation of inequality of arms that is not in accordance with the guarantee structure of the Constitution or to the guiding principles of criminal law. All these reasons allows to conclude that the Ecuadorian legal system requires a conceptual change that allows the new scope of the *non bis in idem* principle to be harmonized in order to avoid legal protection that does not require the intervention of criminal law.

ÍNDICE

CAPÍTULO I	2
1. CONCEPTO DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM	2
1.1 El monopolio de la fuerza estatal (<i>ius puniendi</i>) y el principio <i>non bis in idem</i> ...	2
1.2 Definición y naturaleza jurídica del principio <i>non bis in idem</i>	5
1.3 El principio <i>non bis in idem</i> en tratados internacionales sobre derechos humanos.....	7
1.4 Desarrollo y aplicación del principio <i>non bis in idem</i> en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	8
CAPÍTULO II	14
2 NON BIS IN IDEM Y LOS DELITOS PENALES AMBIENTALES	14
2.1 Expansión del Derecho Penal en el Ecuador	14
2.2 Delitos penales ambientales en el Código Orgánico Integral Penal como consecuencia del fenómeno expansivo en el Derecho Penal	18
2.3 Los conceptos generales de la pena y su finalidad consagrados en el Código Orgánico Integral Penal	19
2.4 Tipos de pena en el código orgánico integral penal	21
2.5 Finalidad de la pena y los tipos de pena aplicables a los delitos penales ambientales	22
2.6 Análisis de la finalidad de la pena en el artículo 247 del código orgánico integral penal.....	25
2.7 Análisis teórico del artículo 247 del código orgánico integral penal a la luz de los mecanismos de reducción de la pena	28
2.8 Análisis de los casos: no. 00232-2015 (pepinos de mar en Galápagos); no. 22304-2017-00257 (animales silvestres en Loreto); y no. 20332-2015-00616 (caso de las iguanas en Galápagos) en relación con la finalidad de la pena en los delitos ambientales	29
CAPÍTULO III	35
3 DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO CONSECUENCIA DEL NON BIS IN IDEM EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE	35
3.1 Comparación del artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal con el artículo 318 del Código Orgánico del Ambiente	35
3.2 Principio de proporcionalidad y la concurrencia de sanciones administrativas y penales	40
3.3 Desigualdad de armas por la concurrencia de sanciones penales y administrativas producto del principio <i>non bis in idem</i> en el Ecuador.	43
4 CONCLUSIONES FINALES	47
5 BIBLIOGRAFÍA	52

Introducción

Actualmente la protección del medio ambiente juega un papel preponderante. En este marco, la legislación penal ecuatoriana incorporó infracciones contra el medio ambiente desde los años setenta. Son muchos los factores que explican la intervención del Derecho Penal en esta área. Se parte de la premisa de la efectiva prevención general de la pena. La tutela del Derecho Penal de estos bienes jurídicos surge -entre otras razones- por la histórica ineffectividad de la potestad administrativa sancionadora, por lo que se llegó a considerar que la imposición de penas privativas de la libertad obtendría mejores resultados a la hora de prevenir la infracción ambiental al incorporar un factor disuasivo de la pena. Teóricamente, este esquema debía fortalecer la protección ambiental dado que el Derecho Penal es considerado como el mejor instrumento que se encuentra a disposición de un Estado a la hora de proteger bienes jurídicos.

El Derecho Penal ha resultado ser ineffectivo en grado aún mayor que el Derecho Administrativo sancionador en el papel de proteger al medio ambiente. Todo esto lleva a cuestionar la necesidad de la intervención del Derecho Penal para solventar los complejos problemas ambientales, que no necesariamente se resolverán con penas privativas de libertad, sino con restauración de la naturaleza.

Esta problemática forma parte de la tendencia expansiva del Derecho Penal en la sociedad contemporánea, en la que emergen nuevos bienes jurídicos que requieren protección. Ante la ineffectividad penal, se produce esta vez un fenómeno inverso, en el que el Derecho Administrativo sancionador emerge como una alternativa pertinente, que puede ser implementada como herramienta jurídica del Estado para cumplir este papel de prevención y restauración de la naturaleza.

El Estado monopoliza el *ius puniendi* dentro de las sociedades democráticas. Se entiende como *ius puniendi* la potestad estatal de control y monopolio de la fuerza ejercida a través de la imposición de sanciones. Esta facultad, reconocida en la Constitución, se desarrolla tanto en el Derecho Administrativo sancionador como en el Derecho Penal.

Lo interesante es que el Ecuador desarrolló una forma muy particular de tutela de bienes jurídicos, puesto que la Constitución de la República del Ecuador modificó la configuración constitucional del principio *non bis in idem*. Ahora el Estado se encuentra facultado para procesar y sancionar infracciones ambientales por vías concurrentes. En

otras palabras, el Estado puede tutelar bienes jurídicos de manera conjunta, aplicando el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.

Esta nueva conceptualización del principio trajo grandes consecuencias jurídicas. Una de ellas, es que el legislador ecuatoriano no requiere realizar un análisis sobre cuál es el mecanismo adecuado para proteger al medio ambiente. Por el contrario, es claro que prefiere efectuar una doble tutela, suponiendo que esto protegerá efectivamente a este bien jurídico.

En el caso de la protección al medio ambiente se observará que esta doble tutela es inefectiva: la pena privativa de libertad se atenúa y hasta se suspende. El Derecho Penal termina aplicando penas restrictivas a los derechos de propiedad, las cuales también se encuentran previstas en el Derecho Administrativo como sanciones. Además de la inefectividad, se evidencia una aplicación desproporcional de la potestad punitiva que no es conforme a la estructura garantista de la Constitución, ni a los principios rectores del Derecho Penal ecuatoriano, particularmente en cuanto a la mínima intervención estatal.

Para esto es necesario analizar el cambio conceptual del principio *non bis in idem*, con la Constitución ecuatoriana en el año 2008 puesto que este principio y su nuevo alcance, son la causa principal del problema jurídico objeto de análisis de este trabajo.

CAPÍTULO I

1. CONCEPTO DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

1.1 El monopolio de la fuerza estatal (*ius puniendi*) y el principio *non bis in idem*

Se entiende como *ius puniendi* aquella potestad ejercida por el Estado, en uso de su potestad imperio, para aplicar el control y monopolio exclusivo de la fuerza a través del establecimiento e imposición de sanciones. Zaffaroni establece que: “existen dos usos estatales de la fuerza (coerciones jurídicas) que nunca han sido puestos en duda en cuanto a la legitimidad de su función. (...) estas son la coerción reparadora o restitutiva y la coerción directa”¹.

El Estado ejerce su potestad sancionadora a través de dos áreas del derecho: el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal. La determinación de los bienes jurídicos protegidos es un ejercicio que corresponde exclusivamente al órgano legislativo.

¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal Parte General*. Segunda Edición. Buenos Aires: Ediar, 2014 pág.5

“Solo dentro de un sistema social y democrático de derecho está legitimada la aplicación del *ius puniendi*.”² La aplicación de estas dos ramas del derecho para regular la conducta de las personas genera un problema jurídico muy discutido. En un primer nivel, el problema consiste en determinar qué bienes jurídicos merecen ser tutelados. En un segundo nivel, el problema deriva en determinar cuál es la rama del derecho más efectiva para llevar a cabo dicha tutela. En un tercer nivel, el cual es pertinente dentro del presente trabajo, el problema radica en determinar si la aplicación conjunta del Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador cumple con su función de salvaguardar el bien jurídico protegido.

Existen dos posturas al respecto y múltiples argumentos que sustentan ambas teorías. Exponerlas todas excede por mucho el ámbito de este trabajo. Lo relevante es comprender que ésta es una discusión doctrinaria muy apasionada y que existen dos tesis contrapuestas. Brevemente se expondrán los fundamentos de las mismas, con la finalidad de entender el contexto en el que el principio del *non bis in idem* toma relevancia.

La primera tesis sostiene que es inefectiva la aplicación concurrente de la vía administrativa y penal para tutelar un mismo bien jurídico. Zaffaroni, partidario de la misma afirma que “[se] nos hace creer que el poder punitivo estatal evita más delitos que los que produce, lo que histórica y socialmente es falso”³. Esta parte de la doctrina afirma que la aplicación conjunta de estas dos ramas del derecho no refuerza la tutela de un bien jurídico protegido, sino que se genera un desorden legislativo que deriva en una aplicación desproporcional de la fuerza.

De allí que Jesús María Silva Sánchez establezca que “la necesidad de reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho Penal mínimo”⁴ y adicionalmente en este sentido afirma lo siguiente:

No es infrecuente que la expansión del Derecho Penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva).⁵

² Ernesto Luqín, *Repasando el Ius Puniendi Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales, No5.Tlalpan México 2006. pág.113-142

³ Eugenio Raúl Zaffaroni, “Manual de Derecho Penal Parte General”*Óp.cit.*, pág.9

⁴ Jesús María, Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales . (2da. Ed.). Madrid, Civitas, 2001, pág 17

⁵ *Ibidem* pág. 21

Zaffaroni, refiriéndose a las diferencias entre las sanciones administrativas y penales claramente distingue estas dos formas de regulación y opina que:

Existen dos usos estatales de la fuerza (coerciones jurídicas) que nunca han sido puestos en duda en cuanto a la legitimación de su función. Puede solo discutirse su eficacia concreta, pero no su modelo abstracto (...) La coerción reparadora o restituida y la coerción directa. La primera responde al derecho privado haciendo referencia al derecho civil o al régimen de daños y la segunda al Derecho Administrativo. No sucede lo mismo con la legitimidad punitiva en el ámbito penal. La coerción punitiva es diferente a las demás⁶

En segundo lugar y en contraposición de la primera tesis, existe una visión doctrinaria que sostiene que el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal pueden coexistir para la protección de bienes jurídicos. María Elena Agradano, haciendo referencia específica a la dualidad de sanciones en el ámbito ambiental sostiene:

De tal modo, las sanciones administrativas integran junto a las penales, el eje del estatuto sancionador del derecho ambiental. Sin embargo, y a pesar de las múltiples conexiones existentes entre el régimen penal y régimen administrativo sancionador, así como de la propia prolijidad del derecho ambiental administrativo, se hace necesaria una delimitación, lo más nítida posible de ambas parcelas punitivas.⁷

Se debe entender entonces que existe una profunda discusión en cuanto a determinar cuál es la disciplina del derecho mejor calificada para proteger los bienes jurídicos más importantes para la sociedad. De lo expuesto, se evidencia que tentativamente existen tres escenarios normativos que tiene un Estado para proteger un bien jurídico de gran importancia: a) optar por el Derecho Penal, b) optar por el Derecho Administrativo; o, c) optar por la aplicación conjunta de ambas disciplinas. Esta discusión aporta al objeto del presente trabajo, puesto que el principio *non bis in idem* tiene su ámbito de desarrollo enmarcado en estos escenarios. Tomas Cano Campos, en este sentido, afirma que:

El principio *non bis in idem* no se mueve tanto en el ámbito de creación del derecho sancionador. El principio no impide que se tipifiquen simultáneamente preceptos como sanción penal o infracción administrativa. [sino que]... prohíbe la aplicación de ambos preceptos. ⁸

⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, “Manual de Derecho Penal Parte General..” Óp.cit. 2014 pág.9

⁷ Silvia Castro y Bormman Peñaherrera citando a Agradano de Llanos, María Elena. “La Protección penal del ambiente. Los delitos ambientales. Lecturas sobre los Derechos del Medio Ambiente. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004. P. 25.

⁸ Tomas Cano Campos. *Non Bis In Idem, Prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador*. Revista de Administración Pública Num. 156. Septiembre 2001. pág. 194.

El principio *non bis in idem* se convierte en una garantía de los administrados porque brinda seguridad jurídica y permite controlar la sobre reacción punitiva del Estado. Por esta razón es fundamental comprender que, en la medida en que los Estados optan por uno de los escenarios anotados, a su vez condicionan el alcance del principio *non bis in idem*. Esta problemática será tratada y desarrollada más adelante.

1.2 Definición y naturaleza jurídica del principio *non bis in idem*

El principio *non bis in idem*, conocido doctrinariamente como la prohibición de doble juzgamiento, es una institución jurídica que trae equilibrio y regula la potestad sancionadora del Estado. La idea fundamental de este principio consiste en que una persona no puede ser juzgada dos veces por un mismo hecho, que en su concepción tradicional pretende evitar una doble persecución por parte del Estado. Este concepto, se aprecia de manera clara a través de la siguiente frase anglosajona que ilustra muy bien su origen penal: “(...) *the government should not structure the adjudication game so that it is ‘heads we win; tails, let’s play again until you lose; then let’s quit (unless we want to play again).*”⁹ Para evitar que el Estado establezca una estructura reiterativa que permita el uso excesivo del *ius puniendi* se desarrolla el principio *non bis in idem*.

Jacobo López Barja de Quiroga define al principio *non bis in idem* como la prohibición de no ser sentenciado dos veces por un mismo delito.¹⁰ El principio según la doctrina jurídica tiene dos vertientes que permiten entender su concepción y desarrollo. La vertiente material y la vertiente procesal del principio. Juntas, conforman un concepto amplio del principio del *non bis in idem*¹¹ de acuerdo con el maestro José Muñoz Lorente.

El Tribunal Constitucional de España, en sentencia No. 188/2005, realiza una clara distinción al respecto. Con referencia a la vertiente *material*, este tribunal establece que el principio *non bis in idem* debe ser entendido de la siguiente manera:

El principio *non bis in idem* tiene, en otras palabras, una doble dimensión:
a) la material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto “en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento”, y que “tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada [...] en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al

⁹ Akhil Reed Amar, *Double Jeopardy Law Made Simple*, 106 Yale L. J. 1807, 1812 (April 1997) En español se leería “ el gobierno no debe estructurar su potestad punitiva convirtiéndola en una especie de juego en el que vamos a jugar una y otra vez hasta lograr una condena.”

¹⁰ Hugo Echeverría, *El Principio Non Bis In Idem*, citando a Jacobo López Barja de Quiroga, *El principio Non Bis In Idem*. Editorial Dickinson. Madrid, España, 2004.

¹¹ José Muñoz Lorente, *La Nueva configuración del principio non bis in idem*, España, Ecoiuris, 2001. pág.19 y 36

juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente”[...]”¹²

En esta línea, José Muñoz Lorente afirma que la vertiente material debe ser entendida como la prohibición de aplicar una sanción administrativa y una sanción penal simultáneamente cuando se cumplen tres requisitos. Estos son: i) identidad de hecho, ii) identidad de sujeto y finalmente iii) identidad de fundamento.¹³ Con la concurrencia de estos tres elementos, se prohíbe al Estado sancionar penalmente y administrativamente, por un mismo hecho. Es interesante notar cómo se incluye la idea de que varias ramas del derecho podrían perseguir un mismo hecho.

Por otro lado, la *vertiente procesal* del principio *non bis in idem* establece que se debe subordinar la sanción administrativa a la sanción penal por considerar que la penal, es más gravosa. En este caso, sólo procedería que una persona sea sancionada administrativamente una vez que se haya declinado la persecución en vía penal. En otras palabras, ante la posibilidad de perseguir a través de las dos disciplinas, primaría la penal excluyendo la posibilidad de iniciar acciones administrativas.

El Tribunal Constitucional de España, en la misma sentencia No. 188/2005, establece el alcance de la vertiente procesal de este principio:

Vertiente procesal [...] y b) la procesal o formal, que proscribire la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción “la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no solo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal[...].”¹⁴

Es relevante comprender la existencia de estas dos vertientes en las que se ha dividido el principio, por dos razones. Primero, porque el Ecuador heredó este principio del derecho castellano. Y, en segundo lugar, porque este principio ha variado a lo largo del tiempo, teniendo como consecuencia que se expanda fuera del ámbito penal y que sea aplicado de una forma más amplia, abarcando distintas áreas del derecho.

¹² Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 188/2005. 4 de Julio. BOE. Núm 186.

¹³ Vid. José Muñoz Lorente, “La Nueva configuración” *Óp.cit.*, pág.19 y 36.

¹⁴ *ibidem*.

1.3 El principio *non bis in idem* en tratados internacionales sobre derechos humanos

Respecto a los instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es parte, de acuerdo a lo establecido en el artículo 417 de la Constitución, el *non bis in idem* como garantía del derecho al debido proceso se encuentra establecido en el artículo 8 numeral 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.¹⁵ Similar concepto lo podemos apreciar en el artículo 14 numeral 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual prescribe: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”¹⁶. El artículo 20 del Estatuto de Roma establece: “Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte”¹⁷

La mencionada institución jurídica también es reconocida en tratados en los cuales Ecuador no es un Estado parte, pero que es importante entender su desarrollo de manera referencial. El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece: “Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”.¹⁸ El Protocolo para la Protección de los Derechos Humanos Europeos establece que: “Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado”¹⁹

Este mismo Protocolo en su segundo apartado establece: “Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada”²⁰

En nuestro continente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el principio *non bis in idem* en el histórico caso Loayza Tamayo contra

¹⁵ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8. 22 del 22 de noviembre de 1969

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 numeral 7 del 16 de diciembre de 1966.

¹⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). Artículo 20

¹⁸ Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, artículo 50. año 2000.

¹⁹ Protocolo No. 7 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Europeas, artículo 4, Estrasburgo 1984

²⁰ *ibídem*

el Estado del Perú, en el que la Corte condenó a dicho Estado por violentar este principio y perseguir por la vía ordinaria y por la vía militar a un ciudadano peruano:

[...] La Corte acogió los argumentos de la Comisión respecto a la naturaleza y alcances del principio de *non bis in idem* y ratificó la amplitud del principio en la Convención Americana frente a otros criterios consagrados en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, reiteró la íntima relación entre los derechos consagrados en la Convención y la obligación de respetar y garantizar tales derechos por los Estados que consagra el artículo 1.1 de la Convención. De forma tal que, si un Estado viola el derecho de toda persona a no ser perseguido más de una vez por los mismos hechos, viola al mismo tiempo su obligación de respeto y garantía de ese derecho.²¹[el subrayado es mío]

La Corte por primera vez en su historia ordenó a un Estado a poner en libertad a una persona viva privada de su libertad, motivando que fueron violentados los derechos humanos por recibir un doble juzgamiento. Con este fallo, la Corte sentó un precedente en Latinoamérica y en el sistema interamericano de Derechos Humanos²² al considerar a la prohibición de doble juzgamiento en el contexto de los derechos humanos.

De todo lo expuesto, podemos apreciar que el principio *non bis in idem* es una institución jurídica globalizada que se encuentra reconocida en múltiples instrumentos internacionales y que ha sido aplicada en los sistemas de protección de derechos humanos. Este principio adquiere distintos matices y connotaciones en función de cómo los distintos ordenamientos jurídicos lo adopten en base a sus necesidades. No obstante, el factor común que todos los ordenamientos tienen con referencia a este principio es que nadie podrá ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

1.4 Desarrollo y aplicación del principio *non bis in idem* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El *non bis in idem*, como se dijo anteriormente, es un principio que evita que el Estado persiga más de dos veces por un mismo hecho a una persona. Tiene estrecha relación con el principio de *res iudicata*.²³ El origen de su aplicación en el Ecuador se debe entender en función de su historia. Este principio se aprecia en el Derecho Romano,

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Septiembre 1997 citado en Carolina Loayza; Nicolas De Pierola, *The Principle of Non Bis in Idem and Its Treatment in the American System for Human Rights Protection: Case Layza Tamayo*, 14 Anuario de Derecho Internacional 809 (1998). página 49

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Septiembre 1997 citado en Carolina Loayza; Nicolas De Pierola, *The Principle of Non Bis in Idem and Its Treatment in the American System for Human Rights Protection: Case Layza Tamayo*, 14 Anuario de Derecho Internacional 809 (1998). pág. 50

²³ Carolina Loayza, Nicolas De Pierola, *The Principle of Non Bis In Idem and its Treatment in the American System for Human Rights Protection: Case Loayza Tamayo*, 14 Anuario de Derecho Internacional 809 (1998), pág. 811

en el Derecho Visigodo y posteriormente en el Derecho Castellano.²⁴ Es así como este principio llega a Latinoamérica y en concreto al ordenamiento jurídico ecuatoriano, como consecuencia de la conquista española.

En un breve resumen histórico, podemos observar que en Roma se estableció un valor definitivo de las sentencias en las XII Tablas inspiradas en el Derecho Griego.²⁵ En este punto, eran obligatorias las decisiones de autoridad y se sancionaba con la destitución e infamia a quienes modifiquen su decisión. Esto se mantiene hasta el *Corpus Iuris* de Justiniano.²⁶ A la caída del Imperio Romano de Occidente se instala el imperio Visigodo. Posterior a esto se da la invasión musulmana, rigiendo esta combinación de sistemas jurídicos en España, hasta ser reemplazado por el Derecho Castellano.²⁷ El Derecho Castellano pasó a América en 1492. En 1804 se promulga la Novísima Recopilación de las Leyes de España, que consagra los principios de *res iudicata* y *non bis in idem*.²⁸ Y, de esta manera, pasa a ser parte posteriormente de lo que vendría a ser la República del Ecuador.

Esta institución jurídica ha evolucionado paralelamente a las necesidades sociales y adaptándose a las mismas. En la actualidad se encuentra recogida en el artículo 76, numeral 7 (i) de la Constitución:

Art.-76 En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.²⁹[el subrayado es mío]

Esta disposición constitucional tiene fundamental importancia en vista de que desde que se promulgó la nueva Constitución en el año 2008 en el Ecuador, el *non bis in idem* cambió, ya que la Constitución de 1998 disponía únicamente: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa”.³⁰ En la Constitución del 2008 se agregó la frase “y materia”. En concordancia con la disposición constitucional, el Código Orgánico Integral

²⁴ *Id.* pág. 812

²⁵ *Ibidem*

²⁶ *Id.* pág. 816

²⁷ *Id.* pág. 818

²⁸ *Id.* pág. 820

²⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³⁰ *Id.* Artículo 24.

Penal promulgado en el año 2014, desarrolló este principio con su nuevo matiz, y esto se lo encuentra en el artículo 5 numeral 9 de dicho cuerpo normativo:

Art. 5.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 9. Ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.³¹[el subrayado es mío]

Siguiendo esta línea de desarrollo del principio y en concordancia con la Constitución del Ecuador, el nuevo Código Orgánico Administrativo, en su artículo 259 recoge al principio *non bis in idem* y lo desarrolla de la siguiente forma:

Art. 259.- La responsabilidad administrativa se aplicará en los términos previstos en este Capítulo, independientemente de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar por la acción u omisión de la que se trate. [El subrayado es mío] Nadie puede ser sancionado administrativamente dos veces, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, objeto y causa.[...]

[...] En el caso de detectarse que la acción u omisión constituya adicionalmente una infracción penal tipificada por el ordenamiento jurídico vigente, el órgano administrativo competente, sin perjuicio de resolver y aplicar la sanción administrativa respectiva, debe remitir el expediente administrativo sancionador a la autoridad competente, con la denuncia correspondiente.³²

De igual manera, podemos encontrar varios ejemplos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano que establecen el nuevo matiz del principio *non bis in idem* estructurado bajo la Constitución del año 2008 que acompañan al Código Orgánico Integral Penal y al Código Orgánico Administrativo. Tal es el caso del nuevo Código Orgánico del Ambiente. En esta línea ilustrativa podemos citar algunos ejemplos, se puede apreciar esta aplicación del principio en los artículos 127, 222, 223, 227, 242 del Código Orgánico del Ambiente. Sin embargo, quizá el ejemplo de mayor importancia dentro de este mismo cuerpo normativo se aprecia dentro de lo establecido en el artículo 302:

Responsabilidad civil y penal por daño ambiental. Las acciones civiles como consecuencia del daño ambiental se podrán ejercer con el fin de obtener la correspondiente reparación.

Ante la presunción del cometimiento de un delito ambiental, la Autoridad Ambiental Competente remitirá la información necesaria a la Fiscalía para el trámite que corresponda. Para ello, prestará las facilidades y contingente técnico de ser requerido.

³¹ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 5. Registro Oficial No.180 del 10 de febrero de 2014

³² Código Orgánico Administrativo. Artículo 259. Registro Oficial Suplemento 31 del 7 de Julio del 2017

El ejercicio de estas acciones no constituye prejudicialidad.³³

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado esta institución jurídica acogiendo dos criterios distintos. Es menester recalcar que la Corte mantuvo la tesis clásica hasta el año 2008. Posteriormente cambió y se lo circunscribió a cada materia.

La Corte Constitucional, en sentencia N.012-14-SEP-CC establece los requisitos para que este principio pueda ser invocado.

[...] el non bis in idem [...] para ser invocado como una garantía del debido proceso, precisa únicamente que exista una resolución proveniente de una causa iniciada ex ante, a un proceso en el cual confluyan cuatro presupuestos que deriven en la prohibición de doble juzgamiento contenida en el principio en cuestión, a saber: eadem personae, identidad de sujeto, eadem res, identidad de hecho, eadem causa petendi, identidad de motivo de persecución y finalmente, al tenor de nuestra norma suprema, identidad de materia. [el subrayado es mío]³⁴

Estos cuatro presupuestos son taxativos, concurrentes y deben estar presentes todos para alegar una vulneración al principio *non bis in idem*. Con referencia a la existencia de dos procesos que no tengan una sentencia la Corte establece lo siguiente:

[...] la existencia de procesos simultáneos pendientes de ser resueltos, no supone por sí solo una vulneración al principio de non bis in idem, por cuanto el primer proceso podría finalizar sin una decisión de fondo, y por ende, no significa una afectación al segundo proceso [...] ³⁵

Estas precisiones son fundamentales porque aclaran la configuración del principio y le dan una connotación propia ecuatoriana. En la última cita, se puede observar que no constituye una vulneración al principio *non bis in idem* que existan dos procesos iniciados por unos mismos hechos mientras no se haya dictado sentencia.

La Corte Constitucional de igual manera dentro de la sentencia No.050-16-SEP-CC hace referencia a la confirmación en alzada de un auto de llamamiento a juicio contra un procesado, que también es inculcado en un procedimiento administrativo por los mismos hechos. En este caso, la Corte se hace la pregunta de si se violentó el principio *non bis in idem* al concurrir el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador.

³³ Código Orgánico del Ambiente. Artículo 302. Registro Oficial Suplemento 983 del 12 de abril del año 2017.

³⁴ *Id.* pág 12.

³⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.012-14-SEP-CC, Caso n.0529-12-EP. Quito 15 de enero de 2014. pág 13

Esta sentencia es de suma importancia por sus consideraciones dentro del presente trabajo.³⁶

[...]El artículo 76 numeral 3 de la actual Constitución de la República de 2008, establece que las infracciones serán de carácter "penal, administrativa o de otra naturaleza"; lo cual, ergo, sugiere también la existencia de varias vías para sancionar con distintos fines y efectos:⁹ sin que ello implique un doble juzgamiento [el resaltado es mío]

En esta última sentencia, podemos observar que la Corte Constitucional cita jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional de Colombia.³⁷ Esto es importante ya que se reconoce la aplicación de la institución jurídica en cuanto a hechos, pero no a materia.³⁸ De igual manera establece y reconoce diferencias entre las sanciones penales y administrativas: “Cabe puntualizar entonces que la potestad sancionadora del Estado tiene varias aristas, entre las que se encuentran la sanción penal y la sanción administrativa [...que] poseen diferencias cualitativas”³⁹ En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia es muy clara y evidencia cómo la potestad sancionadora del Estado es utilizada principalmente a través del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionador:

La potestad sancionatoria administrativa es una clara manifestación del *Ius Puniendi* del Estado. Éste comprende diversas disciplinas o especies como el Derecho Penal, el derecho contravencional, el derecho correccional, el derecho de juzgamiento político -impeachment y el derecho disciplinario o correctivo de la función pública.⁴⁰

Es interesante identificar que, pese a la nueva concepción de este principio, desarrollada por la más alta corte del Estado ecuatoriano, ésta no fue siempre acogida con el nuevo alcance que tiene actualmente. Altas cortes -en su momento- aplicaron este principio en su concepción tradicional. En sentencia de casación, la Corte Suprema del

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia No.050-16-SEP-CC dentro del Caso No. 0146-11. Quito 24 de febrero de 2016

³⁷ *Vid.* Ver como la Corte Constitucional cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sentencia en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, de 2 de febrero de 2001 Donde se establece: “[...]es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. (...) en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor” Cabe mencionar que la convención como se detalla mas adelante, no estipula que se puede juzgar por unos mismos hechos en 2 materias distintas.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia N. C-595/10

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia No.050-16-SEP-CC dentro del Caso N.o 0146-11. Quito 24 de febrero de 2016

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia N. C-595/10

Ecuador entendió a esta institución de la siguiente manera: “*non bis in idem*” es un aforismo jurídico que recoge un principio universal del Derecho Penal, contenido en la Constitución Política de la República y en el Código de Procedimiento Penal, que preceptúa que ninguna persona puede ser juzgada dos veces por un mismo hecho⁴¹. Es menester matizar que esta sentencia fue expedida a la luz de lo consagrado en la Constitución Política de la República del Ecuador del año de 1998. De igual manera en un proceso penal ambiental, la tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, estableció que existe vulneración al *non bis in idem* cuando se persigue simultáneamente por la vía administrativa y penal.

[...]En el caso sub júdice, es evidente que el imputado Carlos Estuardo Vásquez Amores fue juzgado y multado por el Jefe de Distrito Forestal de la Región No. 6 del Ministerio del Ambiente conforme obra de autos, razón por la cual en aplicación del principio constitucional [...] y la doctrina señalada anteriormente que es concordante, no puede volver a ser juzgado por segunda vez, como erróneamente sugiere el Ministro Fiscal General del Estado.⁴²

En conclusión, se puede apreciar una modificación del principio *non bis in idem* dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la expedición de la Constitución del año 2008. En palabras de Rafael Oyarte, ahora un “mismo hecho puede ocasionar, simultáneamente, responsabilidad civil, penal y administrativa sin que se viole el principio *non bis in idem*, en nuestra legislación”⁴³

Este cambio se aleja de la concepción histórica que se ha mantenido en nuestro país. Lo relevante consiste en identificar que dentro de la historia jurídica ecuatoriana este concepto jurídico fue aplicado y desarrollado en su vertiente tradicional. No obstante, desde el año 2008, este principio se ha desarrollado por la ley en el sentido de que la aplicación de sanciones administrativas derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración de la prohibición de doble juzgamiento⁴⁴, lo cual trajo grandes consecuencias jurídicas.

Con este breve contexto, el cual es necesario, abordaremos otro de los problemas que ha generado esta modificación. Este problema consiste en que actualmente, el Estado ecuatoriano se encuentra ejerciendo su potestad punitiva (Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador) conjuntamente para tutelar bienes jurídicos que, como se demostrará, en realidad no requieren de esta doble protección. Este problema, es más

⁴¹ Corte suprema de Justicia. Primera sala de Casación. 15 de junio del 2000

⁴² Corte Suprema de Justicia Tercera sala de lo penal Quito, 18 de octubre del 2007; Expediente de Casación 137 Registro Oficial 420 de 08-sep.-2008

⁴³ Rafael Oyarte. *Debido Proceso*. 2da. Edición. Quito: 2016. pág. 345

⁴⁴ Código Orgánico Integral Penal. *Óp.cit.*, Artículo 5 numeral 9.

evidente en algunas áreas. No todo el ordenamiento jurídico se encuentra comprometido, ni presenta dificultades con el ejercicio de esta potestad sancionadora configurada como se encuentra actualmente. Es más, la misma incorporación constitucional sugiere que podrían existir ámbitos en los cuales *podría* ser efectiva la doble tutela. Sin embargo, este no es el caso de los delitos penales ambientales. Es en esta materia en la que se puede apreciar la ineffectividad de la sobre reacción punitiva del Estado; que, además, llega a ser desproporcional. Se evidenciará más adelante cómo una doble tutela no es sinónimo de una *mejor protección*, y que existen varias alternativas que el Estado ecuatoriano puede implementar para solucionar esta realidad jurídica en favor de brindar mayor seguridad jurídica.

CAPÍTULO II

2 *NON BIS IN IDEM* Y LOS DELITOS PENALES AMBIENTALES

2.1 Expansión del Derecho Penal en el Ecuador

La pena privativa de libertad, en el caso de los delitos penales ambientales, no cumple su finalidad preventiva. Sin embargo, para llegar a este punto, es menester entender el contexto por el cual el Estado ecuatoriano decidió acudir a la materia penal para tutelar el medio ambiente. Se debe entender que el Derecho Penal es un instrumento de protección de bienes jurídicos. En palabras de Javier Sessano observamos que “[...]Derecho Penal en particular tiende a proteger todos aquellos bienes que son importantes para la vida del individuo y para el desarrollo armónico de la colectividad”⁴⁵.

Reforzando esta idea, Jesús María Sánchez afirma que el Derecho Penal es “un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes”⁴⁶. Por estas razones el Derecho Penal en el último tiempo ha sido parte de un fenómeno expansivo. “La doctrina incluye en el actual Derecho Penal moderno a una pluralidad de nuevos tipos penales que amplían la intervención penal a ámbitos que (...) habían permanecido antes (...) fuera de su alcance”⁴⁷. El Derecho Penal ecuatoriano con la finalidad de tutelar bienes jurídicos consagrados en la Constitución del año 2008, forma parte de este fenómeno expansivo en la actualidad.

⁴⁵ Javier Camilo Sessano. La protección penal del medio ambiente. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (2002). pág. 16

⁴⁶ Jesús María Sánchez. “*La expansión del Derecho Penal*” *Óp.cit.*, pág. 25

⁴⁷ Luis Gracia Martín. *Sobre la necesaria modernización del Derecho Penal*. Derecho Penal Central. Ramiro García Falconí. 1 era. edición. Rodín. Quito: 2011. pág.51.

El doctrinario ecuatoriano Mauricio Pacheco en esta línea afirma que “[...] no puede haber dudas que el Código Orgánico Integral Penal, [...] es un instrumento con el que se desarrollan mecanismos de protección reales y efectivos de los bienes jurídicos que habitan en la Constitución [...]”⁴⁸. Sin entrar a realizar valoraciones sobre la pertinencia de recurrir al Derecho Penal en materia ambiental, se debe entender que existe una gran discusión jurídica que cuestiona la efectividad y la idoneidad de la expansión, puesto que más delitos y más sanciones no necesariamente garantizan mayor ni mejor protección a los bienes jurídicos.

Se debe recordar que uno de los principios rectores del Derecho Penal es el *principio de mínima intervención penal*. Este principio en palabras de Edgardo Donna tiene el siguiente alcance: “[...] el Derecho Penal puede cumplir con el rol de última ratio, es decir, la necesidad de acudir a una sanción de naturaleza penal debe ser la última alternativa escogida por el legislador para reprimir las conductas antisociales.”⁴⁹ Por lo tanto, toda expansión que el Derecho Penal realice al proteger nuevos bienes jurídicos debe tener en consideración que su intervención debe ser implementada de *ultima ratio*.

El Código Orgánico Integral Penal recoge y aplica el principio de mínima intervención penal como uno de los pilares fundamentales dentro de esta disciplina. “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.”⁵⁰ Por los alcances de este principio es que se suscita la discusión jurídica en cuanto a determinar cuándo se debe acudir al Derecho Penal como mecanismo de control de la conducta humana en función del bien jurídico que se quiere tutelar. Lo que es importante entender es la directriz que este principio otorga: el Derecho Penal será siempre de *ultima ratio*. Sin embargo, “existe una tendencia internacional orientada a la protección del medio ambiente por medio del Derecho Penal, pese a que los conocimientos empíricos nacionales e internacionales permiten observar su eficiencia todavía con escepticismo”.⁵¹

Esta discusión referente a si se debe o no tutelar el medio ambiente a través del Derecho Penal se produce en vista de que esta disciplina no es la única que el Estado posee para proteger un bien jurídico.

48 Mauricio E. Pacheco. *Fundamentos Del Derecho Penal en el Ecuador*. El Forum. Quito: 2015. pág.57

49 Edgardo Alberto Donna. *Derecho Penal Parte Especial. Tomo II-A*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2001. pág.410

50 Código Orgánico Integral Penal. *Óp,cit*. Art.3

51 Javier Camilo Sessano. “*La protección penal del medio ambiente*”. *Óp,cit*. pág. 5

“Desde esta expansión sancionatoria en la esfera del Derecho Penal medio ambiental hay que tener en cuenta la experiencia del Derecho Penal clásico. Con la protección de la vida, salud e integridad física y la propiedad, no encuentra respuestas apropiadas a las nuevas formas de amenaza originadas por la civilización técnica.”⁵²

Y es que la potestad sancionadora también se ejerce a través del Derecho Administrativo que, a su vez, es uno de los instrumentos que tiene el Estado para proteger bienes jurídicos. En palabras de Claus Roxin “El Derecho Penal solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema”⁵³.

En relación con esta discusión jurídica, por un lado, tenemos a quienes parten de la premisa de que la intervención del Derecho Penal debe ser mínima en la vida de las personas. Roxin es claro al establecer que el Derecho Penal tiene un papel de protección subsidiario: “Esto se desprende del principio de proporcionalidad [...] (dado que) el Derecho Penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano. Solo interviene cuando otros medios menos duros no prometan tener éxito ...”⁵⁴

De igual forma, Jesús María Sánchez es claro en esgrimir los argumentos por los cuales la intervención del Derecho Penal no debe ser excesiva. El autor considera que se debe reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho Penal mínimo; no obstante, admite la tendencia social expansiva, en virtud de que las sociedades cada vez se vuelven más complejas:

[...] no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes [...], que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «expansión».⁵⁵

En contraposición a esta postura, están quienes afirman que es imprescindible recurrir a esta disciplina del derecho porque constituye la mejor forma para la tutela de bienes que son categorizados como importantes para la sociedad. En este sentido,

⁵² *Id.* pág. 6

⁵³ Claus Roxin. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos La Estructura de la teoría del Delito*. 2da edición. Madrid: 1997 pág. 65

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ Jesús María Sánchez. “*La expansión del Derecho Penal*”. *Óp,cit.* pág.20

podemos citar a Elisabeth Berra, quien plantea el caso del medio ambiente como uno de los nuevos bienes jurídicos que reclaman la protección del Derecho Penal:

Se considera que el Derecho Penal, en virtud de sus graves sanciones, puede ser una herramienta eficaz para evitar que las actividades humanas se desarrollen en forma irresponsable deteriorando el ambiente. Lo que se pretende es que el carácter persuasivo de esta rama del Derecho lleve a los individuos a tomar los cuidados necesarios a fin de evitar el deterioro ambiental [...].⁵⁶

Esta cita es valiosa porque nos permite introducir la discusión al ámbito penal ambiental. Existen muchas posturas al respecto y la doctrina se encuentra dividida en tres grandes grupos. Hay quienes consideran que la intervención del Derecho Penal es necesaria para la tutela y mayor protección del medio ambiente. Este grupo admite que existen alternativas; no obstante, se fundamentan en la finalidad preventiva general de la pena. En esta línea, el catedrático Ernesto Albán es claro y establece que:

Es evidente que en la actualidad las amenazas contra el medio ambiente han aumentado en proporciones gigantescas, hasta llegar a convertirse en uno de los problemas fundamentales que afectan a la humanidad. Basta hacer una lista de tales amenazas para advertir su gravedad: contaminación por pesticidas, por residuos tóxicos, por residuos urbanos; efecto invernadero, disminución de la capa de ozono, agotamiento de los recursos naturales, agotamiento de los recursos hídricos, deforestación, erosión, desertificación, pérdida de la biodiversidad, extinción de especies de flora y fauna, lluvia ácida, etc., situaciones todas ellas que deben ser tomadas en cuenta, al momento de establecer las conductas punibles [...].⁵⁷

El segundo grupo consiste en aquellos, que consideran que la intervención del Derecho Penal debe estar presente para proteger el medio ambiente, pero su papel debe ser subsidiario. La doctrina afín a esta línea de pensamiento sostiene que el Derecho Penal solo debe intervenir en la medida en que las sanciones del Derecho Administrativo sean insuficientes para tutelar el determinado bien que se pretende proteger. Se debe recalcar que esta discusión es profunda y no debe ser entendida de forma general, dado que la misma se expande para cada tipo de bien jurídico que debe ser protegido por el Estado ecuatoriano. Al respecto el Doctrinario Ávila Santamaría manifiesta:

En este contexto, no es difícil entender el por qué la gente común y corriente apueste a la violencia del estado como forma única y la más efectiva para combatir la delincuencia, ni tampoco sea difícil apreciar una tendencia expansiva del poder

⁵⁶ Elisabeth Berra citando a Costa, Mario Gustavo (2004). La acción penal ambiental. En María Eugenia, Di Paola. Simposio de Jueces y Fiscales de América latina: Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental (1ª ed.). FARN, disponible en http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1956/Problematica_Berra_Rodriguez.pdf?sequence=1

⁵⁷ Ernesto Albán. *Los Delitos contra el medio ambiente en el Código Penal Ecuatoriano*. Foro Revista de derecho No.8 UASB-Ecuador, Quito 2008. pág.89

punitivo del estado. Sin embargo, ¿tiene sentido seguir alimentando este sentido común y esta tendencia penal?⁵⁸

El tercer grupo está integrado por quienes están en contra de recurrir al Derecho Penal para la tutela del medio ambiente.

El Ecuador, producto del principio *non bis in ídem*, se alinea claramente con la primera alternativa. El Derecho Penal en el Ecuador es utilizado para la protección del medio ambiente.

2.2 Delitos penales ambientales en el Código Orgánico Integral Penal como consecuencia del fenómeno expansivo en el Derecho Penal

Debe quedar claro que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, *ya es parte* del fenómeno expansivo que se vive en esta materia. En palabras de Javier Camilo Sessano esta expansión del Derecho Penal hacia el campo ambiental se produce como consecuencia de la sociedad postindustrial, puesto que las sociedades se vuelven más complejas: “En la doctrina penal reciente puede observarse una referencia frecuente al concepto de sociedad de riesgos [...] que ha de condicionar la actuación del Estado a través de leyes penales”⁵⁹ En esta línea, el legislador ecuatoriano optó por proteger el medio ambiente a través del Derecho Penal mucho antes de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal. En una breve reseña histórica, muy bien sintetizada por el catedrático Ernesto Albán, podemos apreciar que el Ecuador acude a la disciplina penal tipificando delitos ambientales desde los años setenta:

En el Ecuador, ya al expedirse en 1976 la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, se incluyeron en ella normas penales, que en la práctica nunca se aplicaron, y que fueron derogadas en 1999. La Ley de Gestión Ambiental (Ley 99-37), con fundamento en las normas constitucionales, estableció responsabilidades civiles y administrativas por las infracciones ambientales, pero no introdujo normas penales. Sólo, con posterioridad, la Ley 99-49, vigente desde enero de 2000, incorporó al Código Penal, el Capítulo X-A, dentro del Título de delitos contra la seguridad pública, con once artículos, ubicados a continuación del 437. La Ley agregó, además, en el Libro Tercero del Código, un capítulo de contravenciones ambientales [...] ⁶⁰

Partiendo de esta premisa, el Código Orgánico Integral Penal continúa con esta idea orientada a proteger el medio ambiente mediante la tipificación de delitos ambientales y en el año 2014 incluye 22 artículos, destinando un capítulo a este bien

⁵⁸Ramiro Ávila Santamaría. *La injusticia penal en la democracia constitucional de derechos*. 1era. Edición. Quito: 2013. pág.29

⁵⁹ Javier Camilo Sessano. “*La protección penal del medio ambiente*” *Óp.cit.* pág. 3

⁶⁰ Ernesto Albán. “*Los Delitos contra el medio ambiente*”. *Óp.cit.* pág.88

jurídico. En este capítulo, se encuentran los denominados “delitos contra el ambiente y la naturaleza o pacha mama”. Estos se encuentran tipificados desde el artículo 245 hasta el artículo 267 del mencionado cuerpo normativo.

2.3 Los conceptos generales de la pena y su finalidad consagrados en el Código Orgánico Integral Penal

Para analizar si la finalidad preventiva de la pena privativa de libertad se cumple o no en los delitos penales ambientales es menester realizar un análisis de la pena como institución jurídica en el Derecho Penal ecuatoriano para entender cómo esta se aplica dentro de nuestro ordenamiento jurídico. No se profundizará en exponer todas las teorías que existen, *en virtud de que esto excedería los fines de este trabajo*. Basta con comprender de manera general qué se entiende por pena; cuáles son las distintas finalidades teóricas que tiene esta institución y cuáles han sido recogidas y aplicadas por nuestro Código Orgánico Integral Penal. En este contexto, cabe resaltar que la teoría relevante para el objeto de este trabajo consiste en la teoría de la *prevención general negativa*.

Históricamente existen tres grandes escuelas que han tratado de justificar cuál debe ser la finalidad de la pena privativa de la libertad. Hoy en día se han formado nuevas escuelas que recogen postulados de las tres principales y se han creado nuevas líneas de pensamiento. Lo relevante es entender que las bases vienen dadas por tres grandes teorías.

a) Retribución b) Prevención especial y c) Prevención general ⁶¹

Siendo así, el Código Orgánico Integral Penal, en sus artículos 51 y 52 estipula qué se entiende por pena, y en segundo lugar cuál será la finalidad que las penas tendrán dentro del sistema penal ecuatoriano⁶². El artículo 51 recoge los fundamentos de la *teoría retributiva de la pena*. Esta teoría, sostiene que la pena es una retribución del mal causado para el sujeto de una manera proporcional al mal que causó con su acción. En palabras de Mario Durán Migliardi, esta “viene dada por los planteamientos centrales de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea: Kant y Hegel, máximos representantes del

⁶¹ Claus Roxin. “*Derecho Penal Parte General I*” *Óp,cit.* pág.85

⁶² Art. 51.- Pena. - La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.

idealismo alemán.”⁶³ Para la teoría de la retribución es un factor fundamental el cual se lo puede apreciar en la siguiente cita:

Para el pensamiento retribucionista, en todas sus versiones, el sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito sólo se compensa con la imposición de una pena. De ahí que su postulado esencial sea que la pena es retribución del mal causado. Por lo que la justificación de la sanción penal, en estas teorías, es sólo, y únicamente, la realización de la justicia como valor ideal [...].⁶⁴

Sin embargo, como manifiesta Mauricio Pacheco, el Derecho Penal retributivo ha sido ampliamente superado por el Derecho Penal preventivo.⁶⁵ En esta línea, el artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal recoge y aplica las denominadas teorías relativas de la pena.⁶⁶ Estas se subdividen en dos de acuerdo con el maestro Zaffaroni, Por un lado, se encuentran las penas que actúan sobre los que no han delinquido y por otro lado se tiene a las penas que actúan sobre los que han delinquido. A las primeras se las conoce como teorías de la prevención general que se subdividen a su vez en prevención general negativa, y prevención general positiva.⁶⁷

Estas teorías de la prevención general tienen como destinataria a la sociedad. La teoría de la prevención general *positiva* sostiene que la finalidad de la pena es la búsqueda de fidelidad al derecho por parte de los sujetos que observan cómo sirve y actúa y hace frente a los que vulneran la ley.⁶⁸ La teoría de la *prevención general negativa*, por su parte sostiene que la finalidad de la pena consiste en *disuadir* a la población para *prevenir el cometimiento de conductas antijurídicas* que afecten determinados bienes jurídicos valiosos para la sociedad.⁶⁹ Esta teoría es importante porque parte de la premisa de que las personas adecuan su conducta para evitar una pena privativa de la libertad. En consecuencia, esto produce que no realicen determinadas conductas que afecten la vida en sociedad.

De lo expuesto muy a breves rasgos podemos concluir que el Código Orgánico Integral Penal aplica un esquema mixto, que recoge varias de estas teorías, lo cual es adecuado, puesto que permite adaptar mejor en función de la necesidad de cada tipo penal.

⁶³ Mario Durán Migliardi. *Teorías Absolutas de la pena: Origen y fundamentos*. Revista de Derecho y Ciencias Penales N° 16 (91-113), 2011, Universidad San Sebastián Chile. Pág. 93.

⁶⁴ *Id.* pág94

⁶⁵ Vid. Mauricio Pacheco. “*Fundamentos Del Derecho*”. *Óp,cit.* pág .58

⁶⁶ Art. 52.- Finalidad de la pena. - Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

⁶⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, “*Manual de Derecho Penal Parte General*”.*Óp,cit.*, pág. 38

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ *Ibidem*.

La prevención general negativa es clara en el artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal dado que, mediante la sanción se pretende disuadir a los demás individuos para que adecúen sus conductas en observancia de la ley. De igual forma, se puede apreciar la prevención general positiva, dado que, se pretende tranquilizar a la opinión pública en cuanto a que la sociedad aprecie que efectivamente se está sancionando a la delincuencia, lo cual reafirma la confianza social en el sistema.

En conclusión, se puede afirmar que la finalidad de la pena en nuestro sistema penal no tiene un único fin. Esto puede ser visto desde una manera positiva en cuanto permite tutelar desde la óptica penal, a los bienes jurídicos de distintas formas. La finalidad dependerá de cada tipo de bien jurídico. Para el caso concreto de los delitos penales ambientales, la finalidad de la pena que interesa dentro de este trabajo es la *prevención general negativa*, la cual es como se dijo asociada al concepto de disuasión.

2.4 Tipos de pena en el código orgánico integral penal

El Derecho Penal prevé varias penas. “La pena más grave es la privación de libertad (...), que se aplica incluso anticipadamente, como prisión preventiva”⁷⁰. Sin embargo, esta no es la única. En nuestro sistema, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 58, establece las clases de pena en el Ecuador: a) privativas de la libertad; b) no privativas de la libertad y c) restrictivas de los derechos de propiedad.⁷¹ El artículo 60 del Código Orgánico Integral Penal establece los tipos de penas no privativas de la libertad: desde tratamiento médico, obligación de prestar servicio comunitario, comparecencia periódica, hasta la pérdida de derechos de participación.⁷²

El artículo 69 establece los tipos de penas restrictivas de los derechos de propiedad: a) multa, b) comiso penal; y c) destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción.⁷³ El artículo 70 regula los montos por concepto de multas en función de la duración de la pena privativa de libertad. Estas van desde un 25% de un salario básico del trabajador, hasta un máximo de 1500 salarios básicos unificados del trabajador en el caso de la pena máxima.⁷⁴

⁷⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, “*Manual de Derecho Penal Parte General*”. *Óp.cit.* pág. 14.

⁷¹ Código Orgánico Integral Penal. *Óp.cit.* Art.59

⁷² *Id.* Art. 60

⁷³ *Id.* Art. 69

⁷⁴ *Id.* Art. 70

Más adelante, en el artículo 77, podemos apreciar el concepto de reparación integral, que comprende cinco mecanismos: a) restitución, b) rehabilitación, c) indemnización por daños materiales e inmateriales, d) medidas de satisfacción; y, e) garantías de no repetición.⁷⁵

En conclusión, de todo lo expuesto se puede apreciar que el Código Orgánico Integral Penal otorga una gran variedad de penas y mecanismos de reparación al juez penal para que aplique al caso concreto: *penas privativas de la libertad + penas no privativas de la libertad + penas restrictivas de los derechos de propiedad + mecanismos para efectuar la reparación integral.*

2.5 Finalidad de la pena y los tipos de pena aplicables a los delitos penales ambientales

La finalidad de la pena en el caso de los delitos penales ambientales debe ser entendida en función de los principios del derecho ambiental que orientan y sirven de directriz para determinar cuál debe ser su función dentro de este campo. Se debe entender que el derecho ambiental se esfuerza por evitar el daño; y, en el caso de que este se llegue a producir, la lógica del derecho ambiental considera igual de importante la reparación. Tanto la *prevención* como la *reparación* son fundamentales dentro de este campo y esto debe tenerse muy en claro.

En esta línea, la finalidad de la pena en los delitos penales ambientales debe ser entendida en función de dos principios del derecho ambiental. El *principio preventivo* y el *principio restaurador*. En palabras de Hugo Echeverría “uno de los objetivos fundamentales del derecho ambiental es, precisamente, la prevención del daño ambiental”⁷⁶El principio preventivo, considera que es fundamental tomar todas las medidas necesarias para evitar que se efectúe un daño. “Lo más razonable y beneficioso para el medio ambiente consiste en prevenir antes que restaurar.”⁷⁷ Muchas veces la afectación causada al medio ambiente puede ser irreparable e incuantificable y por lo tanto este principio es asociable con la teoría de la prevención general negativa dentro del Derecho Penal. La diferencia consiste en que el Derecho Penal busca disuadir a la persona de cometer un delito, el derecho ambiental busca disuadir a la persona de que produzca un

⁷⁵ *Id.* Art. 77

⁷⁶ Hugo Echeverría. *Énfasis preventivo del derecho ambiental*. s/f. pág. 1

⁷⁷ Mario Peña.et. al. *Manual sobre Derecho Penal ambiental ecuatoriano*. Ed. Hugo Echeverría Villagómez. Quito. pág. 16

daño ambiental. Lo fundamental es comprender que, en este tipo de delitos, siempre se busca *evitar la conducta antijurídica* antes que esperar a que esta se consolide.

En segundo lugar, el *principio restaurador* establece que en casos en que efectivamente se produzca un daño ambiental, se deben implementar las medidas más adecuadas para su reparación. El alcance de este principio se lo puede apreciar mejor a través de la siguiente cita:

Debe tenerse presente que las medidas preventivas o correctivas deben tomarse directamente en la fuente generadora del daño, mediante el uso de la tecnología más adecuada, siendo la reparación ideal del medio ambiente aquella que logre volver las cosas a su estado anterior a la acción u omisión dañosa; reparación que en doctrina se denomina "in natura" o "in pristinum" directamente en el ecosistema dañado y únicamente cuando no es posible debe acudir a reparaciones sustitutivas y/o compensatorias. Cabe anotar que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que reconoce derechos a la naturaleza, la recuperación del ecosistema a su estado original se denomina restauración [...].⁷⁸

Estos dos principios ambientales tienen fundamental importancia en relación con los delitos penales ambientales, porque dan una directriz clara que el Derecho Penal debe seguir en cuanto a la forma de proteger este bien jurídico. Siendo así, estos dos principios determinan cuál debería ser la *finalidad* que la pena debe tener como institución jurídica en el ámbito de los delitos penales ambientales para la efectiva protección del medio ambiente.

Por lo expuesto, se debe entender que la finalidad que persigue la pena en este tipo de delitos se encuentra alineada con la *teoría de la prevención general en su sentido negativo*. La teoría de la prevención negativa en palabras de Mauricio Pacheco "[...]prevé que la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan [...] la pena aplicada a los casos concretos no vendría a ser sino la confirmación de la seriedad de la amenaza realizada por el Estado"⁷⁹. El Derecho Penal principalmente lo que busca con estos delitos es disuadir a la persona del cometimiento de conductas atentatorias al medio ambiente, comprometiendo incluso su libertad.

Estos delitos se encuentran agrupados en cinco grandes grupos dentro de este cuerpo normativo, que recoge dieciséis delitos contra el medio ambiente y dos contravenciones. Se debe precisar que el Código Orgánico Integral Penal parecería que entiende al medio ambiente como un *macro bien jurídico* y subdivide a este bien jurídico en otros para los cuales tipifica delitos. Siendo así, hay los delitos contra la *biodiversidad*,

⁷⁸ *Id.* pág.17

⁷⁹ Mauricio Pacheco, E. "*Fundamentos Del Derecho Penal*". *Óp.cit.* pág.77

delitos contra *los recursos naturales* delitos contra la *gestión ambiental*, delitos contra *los recursos naturales no renovables*, entre otros. Para el caso concreto de este trabajo, es menester aclarar que nos centraremos en analizar el delito contra la *vida silvestre*. Sin embargo, las conclusiones y el análisis pueden ser extrapoladas a todos los delitos ambientales tipificado en el Código Orgánico Integral dado que la gran mayoría de estos tipos penales tienen penas privativas de la libertad leves.

Es importante entender que: a) los delitos ambientales no se caracterizan por ser sancionados con las penas más altas de nuestro ordenamiento jurídico; b) existe una obligación concomitante de indemnizar por parte de las personas y restaurar la naturaleza y, c) las formas de restauración son complejas, por lo que la privación de la libertad - consecuencia característica del Derecho Penal- no necesariamente cumple la finalidad restaurativa de la naturaleza.

La mayoría de las penas privativas de libertad correspondientes a estos delitos oscilan entre uno a tres años y tres a cinco años.⁸⁰ En esta línea, todos los delitos ambientales, son susceptibles de aplicar las disposiciones comunes consagradas en los artículos 256,257, 258 y 259, que versan sobre las formas de rebaja y reducción de la pena privativa de libertad. De estas disposiciones comunes, son relevantes, para nuestro análisis dos de ellas.

El artículo 257 del Código Orgánico Integral estipula la obligación de *restaurar y reparar*. Esta obligación, se encuentra en estrecha relación con lo expuesto anteriormente en el esquema que maneja el Código Orgánico Integral en cuanto a la reparación integral. El artículo 257 es concordante con la reparación integral, y, establece que además de la sanción privativa de la libertad, el sujeto que incurre en estos delitos debe: restaurar, reparar, compensar e indemnizar a las personas afectadas por los daños.

Art. 257.- Obligación de restauración y reparación. - Las sanciones previstas en este capítulo, se aplicarán concomitantemente con la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas y la obligación de compensar, reparar e indemnizar a las personas y comunidades afectadas por los daños. Si el Estado asume dicha responsabilidad, a través de la Autoridad Ambiental Nacional, la repetirá contra la persona natural o jurídica que cause directa o indirectamente el daño.

La autoridad competente dictará las normas relacionadas con el derecho de restauración de la naturaleza, que serán de cumplimiento obligatorio.⁸¹

⁸⁰ Ver Anexo 2 para profundizar en este aspecto. Aquí se enlistan todos los tipos penales ambientales con sus correspondientes penas privativas de la libertad. Se puede apreciar a modo de conclusión que todas estas penas son relativamente bajas.

⁸¹ Código Orgánico Integral Penal. *Óp.cit.* Art.257.

Este punto debe ser tomado con especial consideración puesto que el legislador considera que la reparación es importante en este tipo de delitos. En segundo lugar, es fundamental, considerar la disposición común consagrada en el artículo 259 que trata sobre la aplicación de *atenuantes* en el esquema de reducción de penas en el Código Orgánico Integral. Estos juegan un papel trascendental dentro de este análisis en vista de que casi todas las penas privativas de la libertad para este tipo de delitos son susceptibles de ser reducidas en 1/4; en el caso de que se configure cualquiera de los siguientes supuesto (atenuantes):

Art. 259.- Atenuantes. - Se podrá reducir hasta un cuarto de las penas contenidas en este capítulo, cuando la persona que ha cometido la infracción adopte las medidas y acciones que compensen los daños ambientales. La calificación y seguimiento de las medidas y acciones se hará bajo la responsabilidad de la Autoridad Ambiental Nacional.⁸²

Por esta razón, como se verá a continuación, la finalidad disuasiva de recurrir al Derecho Penal pierde fuerza y se desvirtúa su efectividad para la protección del medio ambiente. La aplicación de atenuantes, con penas privativas de la libertad tan bajas, termina produciendo que casi siempre la pena aplicada sea tan baja o, incluso, no se aplique perdiendo así su fin disuasivo. Esto dejaría al Derecho Penal únicamente imponiendo penas restrictivas del derecho a la propiedad, sobre todo multa y comiso; igual que lo haría el Derecho Administrativo sancionador, en el que aplican las sanciones de multa y decomiso.

2.6 Análisis de la finalidad de la pena en el artículo 247 del código orgánico integral penal

Ya se dijo que los delitos ambientales se sancionan con penas privativas que no son altas. Pese a esto, estas aún pueden ser disminuidas a través de otros mecanismos contemplados por el Código Orgánico Integral. Este cuerpo normativo estipula tres formas de reducción: *sustantiva, adjetiva y ejecutiva*. La reducción sustantiva se refiere a

⁸² *Id.* Art.259

las circunstancias atenuantes, que pueden estar previstos en cada tipo penal o los previstos de manera general en los artículos 44⁸³, 45⁸⁴, 46⁸⁵ del Código Orgánico Integral.

Por otro lado, se encuentra la reducción adjetiva, o de carácter procesal. Esta se aplica en los procedimientos especiales, que se encuentran estipulados en el artículo 634 y siguientes. En esta línea tenemos al procedimiento abreviado, el cual aplica para todos los delitos cuya pena sea hasta de 10 años. La reducción procesal, en ningún caso será susceptible de ser menor al 1/3 de la pena mínima prevista en el tipo penal. Es decir, se garantiza que el sujeto que se acoja a este proceso *al menos* tendrá una rebaja del 1/3 de la pena mínima prevista en cada tipo. “La pena sugerida será el resultado del análisis de los hechos imputados y aceptados y de la aplicación de circunstancias atenuantes, conforme lo previsto en este Código, sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal”.

Finalmente, la reducción ejecutiva tiene relación con la forma en la que se aplica la sentencia. Es aquí donde opera la suspensión condicional de la pena la cual se encuentra estipulada en el artículo 630⁸⁶ del Código Orgánico Integral Penal. Todas las condiciones

⁸³ Art. 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes. - Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva. Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivos o modificatorias de la infracción.

Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

⁸⁴ Art. 45.- Circunstancias atenuantes de la infracción. - Son circunstancias atenuantes de la infracción penal:

1. Cometer infracciones penales contra la propiedad sin violencia, bajo la influencia de circunstancias económicas apremiantes.
2. Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia.
3. Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora.
4. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima.
5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento.
6. Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción.

⁸⁵ Art. 46.- Atenuante trascendental. - A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivos o modificatorias de la infracción.

⁸⁶ Art. 630.- Suspensión condicional de la pena. - La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años.
2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa.
3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.
4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

La o el juzgador señalará día y hora para una audiencia con intervención de la o el fiscal, el

y requisitos para que opere la suspensión condicional de la pena se encuentran estipulados en los artículos 631, 632 y 633 *ibidem*. Se debe realizar una precisión técnica sobre la suspensión condicional de la pena. Ésta, en estricto sentido, no es un mecanismo de rebaja de la pena, sino que suspende los efectos privativos de libertad de la sentencia. Lo relevante a efectos de este trabajo es entender que esta institución es posible que sea aplicada en casi todos los delitos ambientales y por lo tanto es de igual forma posible que las personas que incurran en estos delitos en la mayoría de los casos no se les ejecute la pena privativa de la libertad. La suspensión condicional de la pena se aplicará para aquellos delitos, que tengan una pena privativa que *no sea mayor de 5 años*. Concretamente 13 de los 16 tipos penales ambientales serían susceptibles de aplicación de la suspensión condicional de la pena, asumiendo que no se aplica ningún tipo de agravantes.

De todo lo expuesto, se puede claramente ver que las penas privativas de libertad pueden ser reducidas significativamente hasta ser reducidas a su mínima expresión; o, incluso, suspenderse. Esto es importante en virtud de que sirve como argumento para analizar si la finalidad de la pena se cumple o no en este tipo de delitos. Estos mecanismos pueden ser aplicados de manera conjunta de la siguiente forma:

A. sustantiva + adjetiva

B. sustantiva + ejecutiva

De conformidad con la resolución No. 02-2016 de la Corte Nacional de Justicia, no es susceptible que concurran las reducciones adjetivas y ejecutivas de la pena privativa de la libertad. La Corte Nacional de justicia justifica esta decisión sosteniendo que la suspensión condicional de la pena se aplica únicamente a procesos ordinarios. Quien se somete a un proceso abreviado, renuncia de forma expresa a un procedimiento ordinario. Por esta razón, no es susceptible de aplicar la suspensión condicional de la pena, cuando un sujeto se ha acogido voluntariamente a un procedimiento abreviado.⁸⁷

sentenciado, la o el defensor público o privado y la víctima de ser el caso, en la cual se establecerán las condiciones y forma de cumplimiento durante el período que dure la suspensión condicional de la pena.

⁸⁷ Corte Nacional de Justicia. Resolución No. 02-2016.

2.7 Análisis teórico del artículo 247 del código orgánico integral penal a la luz de los mecanismos de reducción de la pena

Teniendo presente todo lo anteriormente expuesto es oportuno realizar un análisis *teórico* de cómo operaría la aplicación conjunta de los mecanismos de reducción de la pena en uno de los delitos ambientales. El artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal contempla los denominados “delitos contra la flora y la fauna silvestre” este tipo penal se encuentra tipificado de la siguiente forma:

Art. 247.- Delitos contra la flora y fauna silvestres.- La persona que cace, pesque, capture, recolecte, extraiga, tenga, transporte, trafique, se beneficie, permute o comercialice, especímenes o sus partes, sus elementos constitutivos, productos y derivados, de flora o fauna silvestre terrestre, marina o acuática, de especies amenazadas, en peligro de extinción y migratorias, listadas a nivel nacional por la Autoridad Ambiental Nacional así como instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.[énfasis añadido]

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

1. El hecho se cometa en período o zona de producción de semilla o de reproducción o de incubación, anidación, parto, crianza o crecimiento de las especies.
2. El hecho se realice dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.⁸⁸

Se puede claramente apreciar, en la tipicidad de este tipo penal, que no existen atenuantes propias de la conducta. Por lo tanto, son aplicables los atenuantes generales consagrados en el artículo 45 del Código Orgánico Integral Penal y la del artículo 259 *ibidem*. La pena privativa de libertad para este delito es de 1 a 3 años.

Supongamos que la persona que cometió este delito prueba la existencia dos atenuantes: se presenta en forma voluntaria ante las autoridades y colabora eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción. En este supuesto, la pena correspondiente sería la mínima del tipo penal, reducida en un tercio. La pena mínima dentro de este tipo penal es de 1 año. Es decir, a este sujeto, después de la reducción, le correspondería una pena privativa de la libertad de ocho meses. Sin embargo, esta reducción no es la única que podría aplicarse.

En este caso hipotético, el procesado tiene una alternativa adicional, con la suspensión condicional de la pena. Es decir, después de la aplicación de los atenuantes, se podría solicitar la suspensión condicional de la pena para los ocho meses restantes que le quedarían de sanción. De esta manera, es posible que la pena privativa de la libertad no sea cumplida en lo absoluto en relación con este tipo penal. La única sanción que este tendría sería una restrictiva de los derechos de propiedad.

⁸⁸ Código Orgánico Integral Penal. *Óp.cit.* Art.247

En conclusión, se puede ver que la aplicación de los mecanismos de reducción y suspensión condicional conllevan a que la pena privativa de libertad puede ser reducida a su mínima expresión o no aplicarse en lo absoluto. Por lo tanto, la finalidad preventiva del Derecho Penal pierde su fundamento en cuanto a su aplicación para la tutela de la flora y fauna silvestre.

2.8 Análisis de los casos: no. 00232-2015 (pepinos de mar en Galápagos); no. 22304-2017-00257 (animales silvestres en Loreto); y no. 20332-2015-00616 (caso de las iguanas en Galápagos) en relación con la finalidad de la pena en los delitos ambientales

Ahora bien, es menester contrastar el análisis teórico realizado previamente con casos reales que demuestren si el análisis efectuado se compagina con la realidad o por el contrario este no aplica y es sólo una construcción hipotética.

El primer caso elegido es el caso de los “Pepinos de Mar”, signado con el No. 00232-2015, que fue juzgado por el Tribunal Undécimo de Garantías Penales del Guayas en el año 2016. En este caso, dos personas fueron detenidas y procesadas por el transporte de 10.852 pepinos de mar, especie endémica de la Reserva Marina de Galápagos, categorizada como en peligro de extinción; y, al momento de los hechos, se encontraban en veda. Se procesó a las dos personas por el delito tipificado en el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal, mediante procedimiento abreviado.⁸⁹ Se determinó que los mismos, en calidad de autor y cómplice, fueron encontrados por el personal del Parque Nacional Galápagos y por el personal Policial de Protección del Medio Ambiente transportando a los pepinos de mar hasta las instalaciones de una aerolínea en el Aeropuerto de la ciudad de Puerto Baquerizo Moreno, cantón San Cristóbal, provincia de Galápagos. Los pepinos de mar iban a ser exportados al Ecuador continental.⁹⁰

Este caso es sumamente importante para nuestro análisis jurídico por varias razones. En primer lugar, porque este tribunal declaró culpable a uno de los procesados y le impuso una *pena privativa de la libertad de tres años* conforme lo previsto en el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, no se llegó a cumplir porque el mismo tribunal concedió la suspensión condicional de la pena. El procesado “[...] durante el periodo que dure la suspensión, debía cumplir algunas condiciones”⁹¹ las cuales se enlistan a continuación: 1) residir en Puerto Baquerizo, 2) no salir del país, 3)

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Undécimo de Garantías Penales del Guayas. Caso No. 00232-2015.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

trabajo comunitario por 100 horas, 4) no tener instrucción fiscal por nuevo delito doloso, 5) no ser reincidente en delitos dolosos.⁹²

Lo relevante de estas medidas, es cómo cien horas de servicio comunitario deben considerarse como proporcionales al transporte 10.852 pepinos de mar, especie endémica de Galápagos y su ecosistema marítimo. En segundo lugar, estas cien horas de trabajo comunitario se entiende que deben “disuadir” al resto de individuos de cometer este tipo de conductas. Esto claramente demuestra que la prevención general negativa en la práctica *no se aplica*. De igual forma, la teoría de la prevención general positiva tampoco se aplica dado que la sociedad no observa una efectiva aplicación de la ley penal en esta materia. Finalmente, todos los motivos por los cuales se podría considerar que se puede *tutelar mejor* al medio ambiente a través del Derecho Penal, pierden sustento puesto que queda demostrado como la pena se reduce o no se aplica en lo absoluto.

Esto, evidencia que lo que recibe finalmente el sujeto sentenciado, únicamente son mecanismos de reparación integral, que sí podrían *reparar* correctamente el daño derivado del delito ambiental; y, hasta *disuadir*. En esta sentencia se le impone un monto de \$5000 dólares a modo de “reparación integral simbólica” y una multa de cuatro (4) salarios básicos unificados.

Lo interesante consiste en analizar la valoración económica que este tribunal realiza para cuantificar los daños y determinar cuál es el monto correspondiente por reparación integral. Veamos esto a detalle en la siguiente cita:

[...] *Que en la especie el bien jurídico afectado es la Naturaleza a través del daño causado a la biodiversidad marina, daño que no puede ser evaluado económicamente, por cuanto los pepinos de mar, materia de este juicio no se encuentran dentro de los delitos contra la propiedad, en el que sí se podría partir de la cantidad y precio de cada uno de ellos, por lo tanto no puede cuantificarse económicamente el monto del daño causado; sin embargo, teniendo en cuenta que el Parque Nacional Galápagos, institución encargada de la prevención, mantenimiento y cuidado de las especies dentro de dicho ecosistema, para el cumplimiento de su objetivo incurre en gastos, a modo de reparación integral simbólica, considerando la condición económica, del sentenciado, que su única actividad es la de taxista, que se trata de un padre de familia de tres hijos, y que se presentó voluntariamente a la justicia pudiendo haberla evadido, Julio Walter Rodríguez Olaya pagará la cantidad de cinco mil dólares americanos (\$5000,00)[...]*⁹³[énfasis añadido]

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Sentencia del Tribunal Undécimo de Garantías Penales del Guayas. Caso No. 00232-2015.

De lo que se puede apreciar, el tribunal fija un monto de \$5000 mil dólares en función de los gastos solicitados por el Parque Nacional Galápagos, mas no por los daños ocasionados. Califica a estos de “invaluables” por el gran impacto medio ambiental de la conducta. Adicionalmente, el sentenciado debe pagar una multa de cuatro salarios básicos. Esto demuestra que una pena restrictiva de los derechos de propiedad, así como los mecanismos de reparación integral son más efectivas que la pena privativa de libertad, para fines restaurativos en este tipo de delitos. En los alegatos de Fiscalía se hace hincapié en este aspecto. Los valores por concepto de reparación integral, como se dijo anteriormente, deben ser administrados por una entidad con la capacidad y conocimientos necesarios para efectuar esta reparación. En este caso, se estipuló que estos valores sean recibidos y administrados por el Parque Nacional Galápagos y esto es acertado por que dichos recursos serán invertidos en proteger y restaurar el medio ambiente.

En resumen, este caso de los pepinos de mar es adecuado para ilustrar el argumento central de este trabajo. Es claro que la suspensión condicional de la pena en este tipo de delitos hace que sea posible que el individuo evite la privación de su libertad y esto produce que los fines disuasivos de la sanción penal claramente no se apliquen.

El segundo caso elegido para ser contrastado con lo expuesto anteriormente es el signado con el No. 22303-2017-00257. En este caso una persona fue sentenciada a un año de pena privativa de libertad en la ciudad de Loreto, provincia de Orellana por el cometimiento del delito contra la *vida silvestre* tipificado en el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal.⁹⁴ El sentenciado fue detenido el día 22 de Agosto de 2017 *transportando* 73 animales silvestres en el interior de un vehículo. Se determinó que estos animales silvestres eran de 14 especies, de las cuales al menos 3 se encontraban en peligro de extinción. Entre los animales silvestres que estaban siendo transportados se puede recalcar los siguientes: 4 caimanes, 2 tortugas, 2 serpientes, 1 guanta, 1 mono araña, 11 ranas entre otros.⁹⁵ En su parte pertinente, la sentencia condenatoria impuso la siguiente sanción la cual es sumamente relevante para nuestro análisis. Esta establece:

“[...]culpable en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el art. 247 inciso primero del COIP, imponiéndole una pena de un año de Pena

⁹⁴ *Vid.* Sentencia de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón de Loreto. Caso No. 22303-2017-00257. 27 de Octubre de 2017.

⁹⁵ *Ibidem.*

Privativa de libertad, que la cumplirá en el centro de rehabilitación de Archidona en conformidad a lo que determina el numeral 6 del art. 70 (...) se le impone una multa de los 4 salarios básicos unificados del trabajador en general, en base al art. 78 de la CRE el art. 11 numeral 2 del COIP. Se dispone el pago por reparación integral a la víctima de 22 mil dólares americanos los cuales serán Cancelados durante el tiempo de cumplimiento de la pena [...]"

Es importante señalar que el sentenciado por el cometimiento de este delito fue sentenciado a: i) 1 año de pena privativa de libertad. ii) Multa de 4 salarios básicos unificados (1500 dólares americanos para esa fecha). Y finalmente iii) indemnización por un valor de \$22 mil dólares americanos por concepto de reparación integral.

En este caso, posteriormente a que esta sentencia condenatoria fuese dictada, se llevó a cabo una audiencia en la que el sentenciado solicitó la suspensión condicional de la pena. Esta se llevó a cabo con fecha 21 de septiembre del 2017. El juez dentro del presente caso atendió el pedido de la defensa del sentenciado, y previo a constatar que los requisitos (art 630 Código Orgánico Integral Penal) para que opere la suspensión se cumplan, concedió y aplicó la suspensión condicional de la pena. Veámos la valoración realizada por este tribunal en relación con esta medida:

"[...]La principal finalidad es que, en el modelo de Estado constitucional de derechos, primen los principios más favorables a los justiciables; situación que no admite desconocimiento de norma constitucional para su no aplicación, porque, recordemos, su falta de aplicación acarrea vulneración de derechos al poner en riesgo los bienes jurídicos que protege la Carta Fundamental, que están íntimamente relacionados e inherentes al ser humano; así como en el principio de mínima intervención penal, previsto en el artículo 3 del mismo cuerpo normativo mencionado, el cual determina que la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales, por lo tanto, este Juzgador aceptó el planteamiento de suspensión condicional de la pena, disponiendo el cumplimiento de las condiciones contempladas en el artículo 631 [...]"⁹⁶[énfasis añadido]

Este caso es sumamente relevante para el objeto de análisis de este trabajo porque evidencia nuevamente que el análisis teórico se compagina con lo que efectivamente sucede en la realidad. Este caso demuestra en primer lugar que la finalidad de la pena en su sentido de prevención general negativa, no se cumple dado que la pena privativa de la libertad, institución característica del Derecho Penal, no se aplica. En consecuencia, al no aplicarse esta institución su finalidad disuasiva también pierde su fundamento. Lo que realmente se transmite es que "no importa si cometes este tipo penal, es posible que no pases ni un solo día privado de tu libertad".

⁹⁶ Sentencia de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón de Loreto. Caso No. 22303-2017-00257. 27 de Octubre de 2017.

Si se quiere evitar esta situación, para que tenga sentido el fin de disuasivo, la pena privativa de libertad debería ser mayor. Por otro lado, se ilustra de forma clara que el componente económico es alto pero que es un factor clave asociado al concepto de reparación el cual es sumamente necesario. En este caso el monto fue de 22 mil dólares, que debe ser destinada para la restauración del daño y el reingreso de estos animales a su estado natural. Nuevamente esto sirve como argumento para criticar la efectividad y el papel que debe jugar el Derecho Penal para la tutela de este bien jurídico protegido.

Finalmente, el tercer caso elegido consiste en el caso signado con el No. 20332-2015-00616.⁹⁷ En este caso, una persona de nacionalidad mexicana fue sentenciada a 2 años de prisión por ser encontrada recolectando ONCE IGUANAS (nueve marinas y dos terrestres) de las Islas Galápagos el 6 de septiembre del año 2015 dentro del Parque Nacional Galápagos. Las iguanas fueron reinsertadas integralmente dentro del ecosistema gracias a la oportuna intervención de las Autoridades del Parque Nacional. La persona fue detenida en delito flagrante y fue sentenciada por el cometimiento del delito contra la flora y fauna silvestre consagrado en el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal que estipula una pena privativa de libertad de 1 a 3 años. En este caso el sentenciado recibió una pena privativa de la libertad de 2 años. Esta se impuso en atención a dos consideraciones. La primera, que la conducta incurrió en los agravantes propios del tipo penal dado que la conducta fue cometida dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y por lo tanto, esto configura que se aplique el máximo de la pena prevista dentro del tipo penal, siendo esta de 3 años.⁹⁸ Sin embargo, el sentenciado se acogió voluntariamente a un proceso abreviado. Esto trajo como consecuencia que la pena sea reducida en 1/3 y por lo tanto el juez dispuso una pena privativa de la libertad de dos años. Adicionalmente y por concepto de reparación integral, la persona debe pagar un valor de VEINTE MIL DÓLARES (USD \$ 20.000,00) y una multa de cinco (5) salarios básicos, valor que se fija en tres mil dos dólares con cincuenta centavos (USD \$3.202,50). De igual forma se dictaron medidas que garanticen la no repetición del hecho, como la prohibición de visitar la provincia de Galápagos.

⁹⁷ Sentencia del Juzgado Multicompetente de la Unidad Judicial de Santa Cruz, Galápagos. Caso No. 20332-2015-00616.

⁹⁸ Agravantes dentro del tipo penal 247 COIP:

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

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

Esta sentencia es relevante dentro del presente análisis porque demuestra nuevamente la importancia de la reparación integral de la naturaleza y que el aspecto económico es muy trascendental para la consecución de este objetivo. Todo esto se ve reflejado en la acusación particular del Parque Nacional Galápagos, donde se solicitó un monto de \$30.000 dólares, el mismo que sería utilizado para la recuperación de las iguanas, costos de movilización y monitoreo entre otros factores que aseguren la efectiva reinserción de las iguanas dentro de su ecosistema.⁹⁹ La acusación particular estimó que el costo para reparar el daño individual en cada iguana es de al menos de \$2000 dólares. El juez en la parte pertinente de esta sentencia analiza la dificultad existente en cuanto a la valoración del daño. Al respecto establece que: “[...]este juez considera que cometer esta clase de ilícitos genera un daño irreparable al hábitat natural el cual no es susceptible de apreciación económica [...]”¹⁰⁰ Sin embargo, declara ha lugar la acusación particular y otorga los veinte mil dólares (USD \$20.000) por concepto de reparación integral.

En segundo lugar esta sentencia es importante porque demuestra cómo se aplican los mecanismos de reducción de la pena consagrados por el Código Orgánico Integral Penal y demuestra cómo estos condicionan la finalidad disuasiva que esta debe tener en el campo ambiental al reducir la pena privativa de la libertad significativamente. En este caso se puede apreciar la reducción adjetiva por disminución procesal, lo que permite nuevamente concluir que, al ser penas privativas de la libertad leves, y al aplicarse los tipos de reducciones de la pena, incluso con la aplicación de agravantes, estas pueden muy fácilmente ser reducidas y por lo tanto no son necesarias, a diferencia de la reparación integral, que juega un papel mucho más trascendente.

En conclusión, se debe recalcar que estos tres casos sirven como sólidos argumentos que permiten cuestionar la efectividad del Derecho Penal para proteger al medio ambiente puesto que evidencian que el análisis teórico realizado previamente es acorde a la realidad. La pena privativa de la libertad no es efectiva para reparar el daño ambiental puesto que esta es reducida a su mínima expresión o no se aplica. Siendo así, la finalidad preventiva de esta institución tampoco se aplica. La naturaleza no se beneficia en absoluto de que la persona se encuentre privada de su libertad. Se comprueba que los mecanismos de reparación integral favorecen mucho más en cuanto a la reparación del

⁹⁹ *Vid.* Sentencia del Juzgado Multicompetente de la Unidad Judicial de Santa Cruz, Galápagos. Caso No. 20332-2015-00616.

¹⁰⁰ Sentencia del Juzgado Multicompetente de la Unidad Judicial de Santa Cruz, Galápagos. Caso No. 20332-2015-00616.

daño ambiental que la pena privativa de la libertad. El Derecho Penal a la final se aleja de su esencia punitiva y se asemeja mucho más al Derecho Administrativo sancionador dado que solo impone penas restrictivas de los derechos de propiedad.

CAPÍTULO III

3 DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO CONSECUENCIA DEL *NON BIS IN IDEM* EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

3.1 Comparación del artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal con el artículo 318 del Código Orgánico del Ambiente

Con el análisis anteriormente realizado se puede evidenciar cómo en el caso del artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal, la pena privativa de la libertad es susceptible de ser reducida y hasta suspendida, lo cual deriva en que la finalidad de la pena privativa de libertad para estos tipos penales no se cumpla. Por estas razones es pertinente realizar un análisis comparativo entre el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal y el artículo 318 numeral segundo del Código Orgánico del Ambiente que tipifica infracciones administrativas ambientales en una forma muy similar. De esta manera se demostrará que ambos mecanismos de tutela por parte del Estado son similares y -por ende- no se justifica la intervención penal. A continuación, se detalla en el siguiente cuadro comparativo, las similitudes en cuanto a la finalidad, verbos rectores y el bien jurídico protegido por estos dos artículos.

Código Orgánico del Ambiente
Bien Jurídico Protegido: Flora y fauna
<p>Art. 318.- Infracciones muy graves. Las siguientes infracciones se considerarán muy graves y se les aplicará, además de la multa económica, las siguientes:</p> <p>2. La caza, pesca, captura, recolección, extracción, tenencia, exportación, importación, transporte, movilización, aprovechamiento, manejo, comercialización de especies de vida silvestre, sus partes, elementos constitutivos, productos o sus derivados, de especies migratorias, endémicas o en alguna categoría de amenaza, que no cuenten con autorización administrativa. <i>Para esta infracción se aplicará la sanción contenida en el numeral 2 del artículo 320 y cuando se requiera, la destrucción de los elementos constitutivos, productos o sus derivados;</i>¹⁰¹</p>

¹⁰¹ Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 983 de 12-abr.-2017. Art. 318

Código Orgánico Integral Penal
Bien Jurídico Protegido: Flora y fauna
<p>Art.247.-La persona que cace, pesque, capture, recolecte, extraiga, tenga, transporte, trafique, se beneficie, permute o comercialice, especímenes o sus partes, sus elementos constitutivos, productos y derivados, de flora o fauna silvestre terrestre, marina o acuática, de especies amenazadas, en peligro de extinción y migratorias, listadas a nivel nacional por la Autoridad Ambiental Nacional así como instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado, será sancionada con <i>pena privativa de libertad de uno a tres años.</i>¹⁰²</p>

Como se puede ver, el artículo 318 del Código Orgánico del Ambiente contiene los mismos verbos rectores que el artículo 247 del Código Orgánico Integral Penal. Además, la finalidad de protección de los bienes jurídicos flora y fauna es la misma. La sanción que el artículo 318, #2 del Código Orgánico del Ambiente contempla, es una de carácter patrimonial. Esta se encuentra tipificada en el artículo 325 del mismo cuerpo normativo, y establece cuáles serán los valores para las multas de las infracciones muy graves. Para el presente caso, las multas irán desde los cinco salarios básicos unificados hasta setenta y cinco salarios básicos unificados.¹⁰³ De igual forma, se aplicará para este caso, lo contenido en el artículo 320 numeral segundo del Código Orgánico del Ambiente que estipula: “Decomiso de las especies de vida silvestre, nativas, exóticas o invasoras, herramientas, equipos, medios de transporte y demás instrumentos utilizados para cometer la infracción”¹⁰⁴.

En un sentido similar al del Código Orgánico Integral Penal, en el caso de este tipo de infracciones muy graves, existe e igual se aplica, el concepto de reparación integral el cual establece que: “La obligación de la reparación integral se impondrá en todas las infracciones en la cuales exista la responsabilidad y ocurrencia de daños ambientales, de conformidad con las disposiciones establecidas en este Código.”¹⁰⁵

En conclusión tenemos que tanto el Código Orgánico Integral Penal como el Código Orgánico del Ambiente tutelan el mismo bien jurídico, con los mismos verbos rectores, con el mismo concepto de reparación integral, y ambos con sanciones

¹⁰² Código Orgánico Integral Penal. *Óp.cit.* Art.247

¹⁰³ Código Orgánico del Ambiente. *Óp.cit.* Art. 325

¹⁰⁴ *Id.* Art. 320

¹⁰⁵ *Id.* Art. 320

pecuniarias y comisorias. La única diferencia aparente consistiría en la pena privativa de la libertad estipulada por el Código Orgánico Integral Penal, la cual como se ha dejado sentado, en la práctica, no se aplica.

La comparación de estos dos artículos provee un escenario idóneo para apreciar cómo el Derecho Penal y el Derecho Administrativo concurren en la tutela de este bien jurídico, lo cual es producto de la particular configuración del principio *non bis in idem* en el Ecuador. Esto produce que se cuestione la necesidad de acudir al Derecho Penal, cuando el Derecho Administrativo tutela el medio ambiente de forma muy similar.

Si se considera el monto de la multa, la prevista por la legislación administrativa es mayor que la penal y se puede incluso llegar a afirmar que el Derecho Administrativo es, incluso, más idóneo, lo cual podría llegar a tener fines preventivos más efectivos al tratarse de valores más altos. En palabras de Elizabeth Berra, el legislador debe ser prolijo para realizar esta tutela y determinar cuál es la rama más efectiva para realizar esta tutela:

En la temática ambiental, es imperiosa la necesidad de desarrollar una política legislativa específica que articule el cumplimiento voluntario, el forzado y la disuasión. Pero no deben perderse de vista los obstáculos propios que muestra el Derecho Penal para proteger el ambiente, ya que de ser fácilmente sorteados se vulneran garantías constitucionalmente reconocidas¹⁰⁶

En tal virtud, es inevitable cuestionar la efectividad del Derecho Penal, tal y como se encuentra en la actualidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para la protección de la vida silvestre, sobre todo si puede aplicarse la potestad administrativa sancionadora para su protección:

La facultad de sancionar del Estado adquiere legitimidad siempre que se emplee para la protección de la sociedad y en tanto alcance ese objetivo. Para cumplir esa función se limitará a intervenir en cuanto es estrictamente necesario (principio de "mínima intervención") y para amparar bienes jurídicos. El Estado, al obrar así, cumple su función tutelar sin sojuzgar o dominar a las personas; cuando la pena pierde su significación protectora es del todo inútil, siendo inadecuado recurrir al derecho represivo, porque su aplicación no cumplirá la finalidad que lo legitima.¹⁰⁷

Sin embargo, el contra argumento de esta postura consiste en que la sanción de privativa libertad, aplicada de una forma correcta, previene a las demás personas del cometimiento de delitos ambientales. Sin embargo, para tal fin se requeriría una reforma del Código Orgánico Integral Penal que prevea un aumento de penas privativas de la

¹⁰⁶ Elisabeth Berra citando a Costa, Mario Gustavo (2004). La acción penal ambiental. En María Eugenia, Di Paola. *Óp.cit.* pág.168.

¹⁰⁷ Mario Garrido Montt. *Derecho Penal Parte General Tomo I.* 1era ed. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 2001: pág. 40

libertad para estos delitos. Caso contrario, los mecanismos de reducción y suspensión condicional de la pena seguirían permitiendo que los procesados eviten la pena privativa de la libertad con los efectos y consecuencias que ya hemos analizado.

Por otra parte, se cree que una doble sanción en virtud de una doble regulación refuerza el trabajo del Estado y asegura la preservación del orden social en cuanto a la protección de bienes jurídicos valiosos para la sociedad.

“Al final, como resultado, el estado fortalece el uso del poder más violento que es el penal. Cada vez que se crea un tipo penal, se abre una puerta más para que la policía y la fiscalía puedan intervenir en la vida social de un país. Cada vez que se aumenta una pena, detrás puede haber un ser humano que pase un dolor no previsto por el Código Penal [...]”¹⁰⁸

En el caso objeto de análisis dentro de este trabajo se pudo apreciar cómo hay una parte de la doctrina que considera que determinados bienes jurídicos pueden protegerse mejor si el Estado ejerce su potestad sancionadora por ambas (penal y administrativa) lo cual puede ser cierto en algunos casos puntuales. Sin embargo, esto no puede ser asumido de manera general para todos los casos. Esto debería analizarse casuísticamente, en función de la necesidad especial de cada bien jurídico protegido y en función de cuál es la finalidad que se persiga. La tesis de que una doble protección implica una mejor protección se desvirtúa en el caso concreto de la doble protección del medio ambiente, en el momento en el que el Derecho Penal termina únicamente aplicando penas restrictivas de los derechos de propiedad. Esto hace que las penas sean similares a las sanciones administrativas. Incluso, las administrativas terminan siendo más efectivas, por su cuantía y fin restaurativo:

[...] que para la protección de un bien jurídico es suficiente y adecuado imponer una determinada sanción a los sujetos que con su comportamiento lesionan tales bienes, la imposición de dos o más sanciones por la realización de un tal comportamiento nada añade a esa finalidad preventiva y protectora de la norma sancionadora.¹⁰⁹

Es por esta razón que el legislador ecuatoriano debería seleccionar los bienes jurídicos que merecen una doble tutela: ¿qué conductas son las más lesivas para cada tipo de bien jurídico?; ¿qué bienes jurídicos realmente podrían *beneficiarse* de esta doble tutela?; así como determinar aquellos que no requieren de esta doble protección. De esta manera, el Derecho Penal debe tutelar aquellos bienes jurídicos en los cuales su

¹⁰⁸ Ramiro Ávila Santamaría. *La injusticia penal en la democracia constitucional de derechos*. 1era. Edición. Quito: 2013. pág.29

¹⁰⁹ Tomas Cano Campos. “*Non Bis In Idem, Prevalencia de la vía penal*”.*Óp.cit.*, pág. 205

intervención se justifique y sea útil en concordancia con el principio de mínima intervención penal y dejar las conductas menos lesivas para que el Derecho Administrativo sancionador. En este sentido, Tomas Cano afirma:

[...] el tema subyace un problema de técnica legislativa, pues si el legislador abandonara su actual hipertrofia sancionadora, tratara de incorporar elementos diferenciadores en la tipificación de los ilícitos penales y administrativos, respetara el principio de última ratio del Derecho Penal, reservando al mismo los comportamientos y las respuestas más graves del ordenamiento sancionador, y hubiera, en fin, una mayor coordinación entre las distintas instancias competentes para aprobar normas sancionadoras, el solapamiento y la convergencia de éstas sería mucho menor [...]¹¹⁰

Adicionalmente, es evidente que el principio de mínima intervención penal es incompatible con esta particularidad configuración del principio *non bis in idem* puesto que el legislador ya no recurre al Derecho Penal como una medida de *ultima ratio* y se empieza a tutelar bienes jurídicos con todo el aparato estatal a través de las dos ramas del *ius puniendi* sin una correcta fundamentación y sin una clara finalidad. En palabras de Javier Camilo Sesano, “una súper protección penal de bienes jurídicos difusos respecto de puestas en peligro (abstracto o concreto), puede representar una amenaza para los principios garantistas propios de un Estado de Derecho; principios político-criminales garantistas como los de subsidiariedad, [...] y ultima ratio”¹¹¹

En resumen, la finalidad disuasiva de la pena no se aplica en el caso de los delitos ambientales porque estos en su mayoría tienen una pena privativa de la libertad leve, que se atenúa y hasta se suspende. Esto produce que no se justifique la intervención del Derecho Penal para proteger al medio ambiente si es que este finalmente termina imponiendo penas de carácter no privativo de la libertad. Se evidencia por otro lado, que el Derecho Administrativo sancionador presenta una alternativa jurídica idónea para la tutela de este bien jurídico. El principio de mínima intervención penal es incompatible con esta particular configuración del principio *non bis in idem*, que faculta la doble sanción. Esta debería ser de *ultima ratio*, y sólo en los casos que se justifique. Se demuestra claramente que la protección del medio ambiente no es uno de esos.

¹¹⁰ *Id.* pág. 194.

¹¹¹ Javier Camilo Sessano. “La protección penal del medio ambiente”. *Óp.cit.* pág. 3

3.2 Principio de proporcionalidad y la concurrencia de sanciones administrativas y penales

La potestad sancionadora del Estado no es una potestad ilimitada. Esto resultaría extremadamente peligroso. Por esta razón, existen principios que limitan el uso de esta potestad por parte del Estado. El principio de proporcionalidad es uno de los límites jurídicos frente a esta potestad. El diccionario jurídico de la RAE define al principio de proporcionalidad como: “Principio inspirador del procedimiento sancionador por el que la imposición de las sanciones disciplinarias ha de graduarse guardando la debida adecuación con la gravedad y circunstancias de la infracción”¹¹²

Este principio según, Carlos Bernal “regula la relación entre el medio y el fin, lo cual constituye la base epistemológica de la proporcionalidad”¹¹³. Daniel Ramírez define al principio de proporcionalidad como: “Principio jurídico entendido como un mandato que goza de un elevado nivel de generalidad en el supuesto de hecho, pero dotado de un consecuente taxativo”.¹¹⁴ El principio de proporcionalidad regula el grado y magnitud de la sanción impuesta a un sujeto en función de la gravedad de su actuación. Mario Garrido Montt es claro en establecer que: “En otros términos, la pena (tipo de sanción y su extensión) será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso puede exceder esa necesidad.”

Laura Clérico por su parte, recoge los tres criterios de proporcionalidad que deben ser aplicados en todo tipo de examen en cuanto a la valoración de la existencia o no de una desproporcionalidad y los desarrolla de la siguiente forma:

[...] así, el *medio es idóneo*, cuando su ayuda puede ser fomentado en el fin deseado; es *necesario*, cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser *proporcional en sentido estricto*, debe guardar relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado.¹¹⁵

El ordenamiento jurídico ecuatoriano consagra el principio de proporcionalidad en la norma suprema como una garantía del debido proceso consagrada en el artículo 76

¹¹² Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española de la Lengua. Proporcionalidad.

¹¹³ Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3era. ed. Madrid: 2007. Pág. 44

¹¹⁴ Daniel Ramírez. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*. Primera edición. Colombia: 2007. Pág.22

¹¹⁵ Laura Clérico. “El examen de proporcionalidad entre: el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Miguel Carbonell y Pedro Grández (ed.). Primera edición. Lima: 2010. pág. 116.

numeral 6 de la Constitución el cual establece: “6. La ley establecerá la debida proporcionalidad *entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*”¹¹⁶ Los considerandos del Código Orgánico Integral Penal reafirman lo establecido por la -Constitución, y estipulan que: “ debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena.”¹¹⁷ Es decir, la sanción que se materializa en la imposición de una pena busca ser proporcional al daño causado.

El Código Orgánico Administrativo por su parte, consagra al principio de proporcionalidad que deberá observarse en la aplicación de sanciones administrativas de la siguiente forma:

Art. 16.- Principio de proporcionalidad. Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses.

No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico. ¹¹⁸

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el juicio penal que sigue el Estado en contra de Luis Francisco Musso García, Primera Sala de lo Penal, en su sentencia con fecha 17 de noviembre de 2010 se refirió al principio de proporcionalidad citando al tratadista Fernando Velázquez, y lo definió de la siguiente manera:

En otras palabras: la exigencia de proporcionalidad debe determinarse valiéndose de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido con la conminación penal, de tal manera que se precise si las medidas adoptadas son acordes a la defensa del bien que da origen a la restricción. De esta manera, pues, la determinación o individualización de la sanción penal se debe efectuar a partir tanto de la mayor o menor gravedad del injusto - con lo que son evidentes los nexos con el apotegma de protección de bienes jurídicos - como de la mayor o menor gravedad de la culpabilidad - sin olvidar las finalidades preventivas ¹¹⁹

El Juzgado Español de lo Penal número 2 de Albacete, mediante Auto de fecha 15-12-2005, elevó al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el art. 171.4 CP/1995. En esta sentencia, se realiza un interesante análisis

¹¹⁶ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. Artículo 76.- “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas.”

¹¹⁷ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014

¹¹⁸ Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Suplemento 31 de 07-jul.-2017. Art.16

¹¹⁹ Corte Nacional de Justicia Primera Sala de lo Penal. Quito, 17 de noviembre del 2010; a las 15h00. Causa

sobre lo que consiste el principio de proporcionalidad en materia penal y el principio de proporcionalidad de una forma más amplia que abarca al uso de la potestad punitiva del Estado en otras ramas del derecho. En el sentido de la proporcionalidad en materia penal se afirma que:

Con carácter general, se ha afirmado la proporcionalidad de una reacción penal cuando:

La norma persigue la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes.

La pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución.

La pena sea necesaria y proporcionada en sentido estricto (juicio estricto de proporcionalidad), lo que significa una comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.¹²⁰

Este fallo recalca de forma expresa un concepto interesante. El legislador es el único que tipifica infracciones. Siendo así, el legislador realiza inicialmente un juicio de proporcionalidad entre la conducta, el bien jurídico que se busca proteger y la sanción, al cuál se denomina ponderación.¹²¹ Sin embargo, esto no quiere decir que, en la práctica, dicho juicio pueda ser desvirtuado y se demuestre que en efecto, tal valoración conlleva a una aplicación desproporcional de una sanción. En este sentido, el juzgado de lo penal de Albacete, es claro y establece:

[...] sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, «a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador» (STC 55/1996 [RTC 1996, 55])». Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concorra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 161/1997 y STC 55/1996).¹²²

En síntesis, se puede apreciar que el principio de proporcionalidad constituye uno de los límites jurídicos frente a la potestad sancionadora del Estado, *ius puniendi*. Este principio cobra mucha importancia en cuanto permite delimitar las formas, finalidad y magnitud que la sanción debe tener como consecuencia de un hecho. Claramente este principio no permite que “el fin justifique los medios” sino que recalca que es

¹²⁰ Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, Auto de fecha 15-12-2005, eleva al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el art. 171.4 CP/1995.

¹²¹ Vid. Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3era. ed. Madrid: 2007.

¹²² Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, Auto de fecha 15-12-2005. eleva al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el art. 171.4 CP/1995.

fundamental emplear los *medios adecuados*, en la *medida adecuada*, en la *forma adecuada* para que el ejercicio de la potestad punitiva del Estado se encuentre empleada de forma correcta y necesaria. La retribución del Estado por el mal causado, bajo ningún concepto debe ser mayor al daño ocasionado por el sujeto.

“La facultad de sancionar del Estado adquiere legitimidad siempre que se emplee para la protección de la sociedad y en tanto alcance ese objetivo. Para cumplir esa función se limitará a intervenir en cuanto es estrictamente necesario (principio de "mínima intervención") y para amparar bienes jurídicos fundamentales. El Estado, al obrar así, cumple su función tutelar sin juzgar o dominar a las personas; *cuando la pena pierde su significación protectora es del todo inútil, siendo inadecuado recurrir al derecho represivo, porque su aplicación no cumplirá la finalidad que lo legitima.*¹²³[énfasis añadido]

La relevancia de analizar y comprender los fundamentos de este principio dentro del presente trabajo, consiste en que el principio de *proporcionalidad* es incompatible con la doble imposición de sanciones (penales y administrativas) por un mismo hecho, en materia ambiental. Esto en vista de que produce una afectación por parte del Estado la cual es superior al mal causado. La forma en que se concreta esta desproporcionalidad, será analizada a continuación.

3.3 Desigualdad de armas por la concurrencia de sanciones penales y administrativas producto del principio *non bis in idem* en el Ecuador.

Cuando el Estado ejerce su potestad punitiva, *ius puniendi*, y sanciona a una persona a través del Derecho Penal y el Derecho Administrativo, en materia ambiental, se produce consecuentemente, una desproporcionalidad por la sobre reacción punitiva del Estado frente al ciudadano en el momento en que no existe una debida proporción entre el hecho, la magnitud de la sanción y la cantidad de sanciones. Esta desproporcionalidad se materializa en algunas formas y en algunos casos es más fácil de apreciar que en otros. Sin embargo, es innegable que esta sobre reacción punitiva en primer lugar, configura una evidente desigualdad de armas entre el Estado y el ciudadano quien deberá defenderse por vía separada dos veces, producto de un mismo hecho. En segundo lugar, la concurrencia de sanciones hace que la retribución del Estado por el mal causado, sea excesiva. En tercer lugar, es incluso más grave cuando esta desproporción se produce sin ser necesaria, y pudiendo ser evitada dado que una doble sanción como se pudo apreciar, no es sinónimo de mejor protección y por lo tanto no siempre resulta necesaria (refiriéndonos al caso concreto de los delitos ambientales).

¹²³ Mario Garrido Montt. “Derecho Penal Parte General Tomo I. Óp,cit.,pág. 45

En relación con el primer punto, la desigualdad de armas en las que se encuentra el administrado, puede ser apreciada en algunos aspectos. Es menester sin embargo comprender que es lo que se entiende como *igualdad de armas*. Para estos efectos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define al principio de igualdad de armas como:

[...] el principio de igualdad de armas, [...] es un corolario del concepto mismo *de proceso justo* y que tiene como finalidad asegurar el equilibrio entre las partes del proceso, implica la obligación de ofrecer a cada parte una oportunidad razonable de presentar su causa, incluidas sus pruebas, en condiciones que no la coloquen en una situación de clara desventaja con respecto a la parte contraria [...]¹²⁴

Esta desigualdad de armas empieza desde el ámbito procesal como un excesivo costo que la persona debe afrontar para ejercer su derecho constitucional a la defensa, dado que este deberá afrontar dos trámites distintos con sus implicaciones económicas, de tiempo y demás factores intrínsecos a todo proceso judicial y procedimiento administrativo. Esta realidad deriva en que sea extremadamente gravoso y costoso defenderse, lo cual afecta directamente al derecho constitucional a la defensa y demuestra la desigualdad en la que se encuentra el administrado frente al poder punitivo estatal, puesto que esto se convierte en una suerte de “perseguir y perseguir hasta que se logre una sanción” lo cual es pernicioso, y afecta directamente al derecho a la seguridad jurídica de las personas. “Desde un principio debe rechazarse toda pena que sea superior al límite máximo que permite el marco de culpabilidad”¹²⁵

El contra argumento a esta afirmación consiste en que podría afirmarse que no hay una desigualdad de armas, puesto que de todas formas el ciudadano puede defenderse en igualdad de condiciones tanto en sede administrativa como en la penal, incluso con la comparecencia de la Defensoría Pública. Esto conceptualmente es correcto, sin embargo tiene una visión muy limitada puesto que la igualdad de armas no se mira únicamente dentro de cada proceso. Esta debe ser entendida de manera *global*, y siendo así se tiene que el Estado dispone de *varios* mecanismos de sanción. La igualdad de esta forma, debe ser entendida como igualdad de condiciones en relación a la seguridad jurídica de las personas.

En segundo lugar, conceptualmente es incorrecto que el Estado se encuentre facultado para perseguir a las personas en múltiples ocasiones. Puesto que esto genera

¹²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJCE/2016/321. Sala cuarta. 28 de Julio de 2016. Caso *Ordre des barreaux francoiphones y germanophone y otros contra Conseil des ministres*.

¹²⁵ Claus Roxin. “*Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*”. *Óp.cit.* pág,103

que el mal causado sea susceptible de producir una múltiple sanción, lo cual produce una *retribución excesiva* por parte del Estado frente al mal causado. En el caso ecuatoriano, se pudo apreciar anteriormente, que es el propio ordenamiento jurídico que a través del principio *non bis in idem*, posibilita que un individuo pueda recibir por un mismo hecho múltiples sanciones. Sin embargo, pese a que esto sea constitucional y legal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto no quiere decir que conceptualmente sea correcto y que se deba mantener así por que en la práctica se evidencia una necesidad de corregir esto; y el principio de proporcionalidad constituye el mejor argumento jurídico que puede confrontar esta realidad.

Un claro ejemplo de cómo opera esta concurrencia de sanciones fue analizado en el caso de la tutela del medio ambiente a través de los delitos penales ambientales, donde se pudo observar que además de la pena privativa de la libertad, la sanción penal a través del concepto de reparación integral incluye una indemnización por los daños causados materializada. De igual forma, en el ámbito administrativo, se observó como opera todo el sistema de multas y sanciones las cuales cómo se observó se encuentran en distintos rangos, llegando a ser en algunos casos muy elevadas. De igual manera se incluye a la reparación integral dentro del ámbito administrativo. Incluso por la vía civil, según lo previsto en el Código Orgánico del Ambiente, es posible demandar al infractor por daños y perjuicios por el mismo hecho que ocasiona el daño ambiental. En síntesis, esto quiere decir que una persona puede afrontar múltiples tipos de consecuencias jurídicas. Es menester entender que la puerta que abre el Código Orgánico del Ambiente frente a una posible demanda por daños y perjuicios, no es una sanción. Puesto, que esta rama no forma parte de la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, como se planteó en el primer capítulo el mismo hecho también despliega este tipo de consecuencias jurídicas producto del principio *non bis in idem* en el ámbito civil. De lo expuesto, es claro que múltiples consecuencias jurídicas no se alinean bajo el concepto del principio de proporcionalidad puesto que la retribución del Estado por el daño causado se vuelve excesiva en cuanto al número de sanciones.

Es claro que conceptualmente existe una desproporcionalidad entre gravedad del hecho y las consecuencias jurídicas cuando existe una acumulación de estas, esto resulta más alarmante cuando esto ni siquiera logra cumplir el fin perseguido por el Estado. Se demostró que la pena privativa de la libertad no cumple su función disuasiva tal y como se aplica actualmente en el Derecho Penal para proteger el medio ambiente. Y se demostró de igual manera que una sanción pecuniaria o, incluso, la reparación integral,

son más adecuadas. Sin embargo, para la tutela del medio ambiente, si lo que se requieren son más recursos para destinarlos en la reparación del daño ambiental, sería suficiente que el Derecho Administrativo sirva de instrumento para tal fin.

No se pretende afirmar que cada disciplina del derecho (penal y administrativa) tiene una sanción desproporcional de forma aislada. Por que seguramente la retribución del daño si se mira de *manera individual*, es proporcional. Tampoco se está afirmando que las penas privativas de la libertad en el ámbito penal sean desproporcionales con la lesión al medio ambiente o la naturaleza porque como se pudo analizar en el capítulo anterior, todas estas son en su mayoría leves comparadas con las penas privativas de libertad en otros tipos penales dentro del Código Orgánico Integral Penal. De igual forma, no se está afirmando que las multas y las sanciones en el ámbito administrativo sean desproporcionales con el daño ambiental por sí solas.

Lo que se está afirmando, es que la aplicación *conjunta* de varias consecuencias jurídicas es desproporcional desde la perspectiva del ciudadano ya que genera una sobre reacción desproporcional por parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano que, podría lograr el mismo fin de protección del medio ambiente, acudiendo únicamente al Derecho Administrativo sancionador; y así reducir el triple costo de defensa, el triple gasto de recursos asignados por el Estado, y englobar en una sola rama el monto necesario para que se efectúe la reparación integral necesaria del daño ambiental sin producir una sanción desproporcionada a la gravedad del hecho. A las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos perseguidos.¹²⁶

Lo que impide que sobre lo mismo recaigan dos o más efectos jurídicos (favorables o desfavorables) es, en efecto, la proporcionalidad: «si un sector del ordenamiento ya regula de forma global un supuesto de hecho, ¿qué necesidad hay de volver a imponer otras consecuencias jurídicas adicionales? Resulta desproporcionado realizar dos enjuiciamientos del mismo.»¹²⁷

De lo expuesto, se puede claramente apreciar que pese que a que sea constitucional y legal que el Estado pueda perseguir y sancionar en múltiples ocasiones un mismo hecho producto del principio, *non bis in idem*, esto conceptualmente es incorrecto puesto que genera desproporcionalidad en la magnitud de retribución hacia el mal causado. En segundo lugar, resulta innecesario la concurrencia de estas múltiples consecuencias jurídicas por que en la práctica una de estas podría abarcar el valor necesario para cubrir

¹²⁶ Mario Garrido Montt. “Derecho Penal Parte General Tomo I”. *Óp,cit.* pág. 45

¹²⁷ Tomas Cano Campos. “Non Bis In Idem, Prevalencia de la vía Penal”. *Óp,cit.* pág.203

los montos necesarios para la reparación integral del daño ambiental. Si se necesitan \$100.000 dólares hipotéticamente hablando para restaurar el daño causado, estos podrían ser recaudados en cualquiera de las dos disciplinas: penal o administrativa. No se requiere dividir la recaudación en dos y tampoco se debe permitir que lo recaudado sea superior al daño, cosa que es posible en la actualidad con esta doble concurrencia de sanciones. En tercer lugar el principio de proporcionalidad se vulnera dado que existe una desigualdad de armas entre la administración y el administrado. El caso de los delitos penales ambientales es un ejemplo de cómo el ordenamiento jurídico ecuatoriano debe en función de principio de proporcionalidad, replantear la forma en la que tutela al medio ambiente.

4 CONCLUSIONES FINALES

Este trabajo constituye un aporte al conocimiento jurídico ecuatoriano en vista de que pone en evidencia un problema jurídico relevante dentro de nuestro ordenamiento jurídico que es complejo, puesto que es el propio ordenamiento jurídico ecuatoriano es el que, por su configuración actual, lo materializa. El problema jurídico que se ha analizado se refiere a la configuración actual del principio *non bis in idem* en el Ecuador, dado que este abre las puertas a que el Estado ecuatoriano proteja bienes jurídicos utilizando las dos ramas del derecho que conforman el *ius puniendi*. Estas como se ha reiterado en varias ocasiones son: Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador; las cuales son utilizadas conjuntamente sin ningún tipo de orden, sin ningún tipo de *criterio* por parte del legislador ecuatoriano. Se pudo observar que este cambio se produjo en el año 2008, y que modificó toda la concepción histórica que el *non bis in idem* había tenido dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Incluso, se pudo apreciar que podría encontrarse en contraposición de múltiples tratados internacionales de derechos humanos los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esto como se ha visto genera una serie de problemas. El caso de los delitos penales ambientales es uno de ellos y es este el que demuestra la relevancia de que este problema jurídico sea tratado. Empero, la misma realidad podría apreciarse en la tutela de otros bienes jurídicos los cuales sean protegidos mediante ambas ramas del derecho sancionador, *ius puniendi*.

En el presente trabajo, nos hemos enfocado en analizar el caso en concreto de la protección del bien jurídico, *medio ambiente* en su sub bien jurídico “flora y fauna

silvestre” desde la óptica penal contrastada siempre con las alternativas que el Derecho Administrativo ofrece para proteger este bien jurídico.

De todo lo expuesto, se puede concluir que el Derecho Penal no es efectivo en la protección del medio ambiente tal y como se lo está utilizando en el Ecuador. Esto, se demostró en todo el análisis realizado en este trabajo, donde se pudo apreciar que la pena privativa de libertad no cumple con la finalidad de prevención general negativa. Esto en virtud de que es posible, como se ha demostrado, que en la mayoría de los casos no se la aplique, trayendo como consecuencia que las únicas penas que efectivamente se aplican sean las no privativas de la libertad y los mecanismos de reparación integral previsto en el Código Orgánico Integral Penal. En resumen, la finalidad de la pena en los delitos ambientales no cumple su finalidad de prevención y disuasión. Lo que lleva al segundo punto.

Si el Derecho Penal en la práctica sólo tutela un determinado bien jurídico con penas restrictivas de los derechos de propiedad, no se justifica su intervención a menos que se modifique dicha situación. Por el contrario, esto vulnera al principio de mínima intervención penal. El Derecho Penal debe ser siempre considerado como medida de *ultima ratio* y esto no sucede en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se debe entender que si alternativamente se tiene a otra rama del derecho que tutela el mismo bien jurídico, con sanciones económicas similares o más gravosas, parece lo más lógico asignar la tutela del medio ambiente al Derecho Administrativo sancionador. Esto sí respetaría al principio de mínima intervención penal, y tutelaría este bien jurídico con los instrumentos necesarios para reparar en los casos que así se requiera.

Finalmente, también se pudo apreciar que no solo existe un problema en cuanto a la finalidad de la pena en los tipos penales ambientales. La configuración del *non bis in idem*, en el Ecuador genera una evidente desproporcionalidad por la concurrencia de sanciones derivadas de un mismo hecho. De lo analizado anteriormente, se puede concluir que la relación entre la infracción y la consecuencia que le asigna el Estado a dicha conducta no es proporcional. Por el contrario, esta es excesiva, gravosa e innecesaria. Esta afectación al patrimonio de la persona es extremadamente gravosa y no garantiza que el medio ambiente vaya a ser restaurado de una mejor manera por que existan múltiples consecuencias jurídicas.

Por estas razones, es necesario que el ordenamiento jurídico ecuatoriano sea reestructurado, para solventar este problema y determinar qué bienes jurídicos deben ser protegidos por el Derecho Penal, cuales por el Derecho Administrativo sancionador, y

cuales realmente ameritan una doble tutela de manera excepcional. De esta manera se evita la desigualdad de armas generada. Todo este problema jurídico sin embargo, debe ser solucionado desde la raíz, es decir debe modificarse el alcance del principio *non bis in idem* el cual es el que faculta legal y constitucionalmente para que el Estado ecuatoriano ejerza su potestad punitiva, *ius puniendi*, a través de estas dos disciplinas del derecho de manera conjunta.

Considero que el presente problema jurídico se puede solucionar al menos de tres formas:

1. Enmienda Constitucional

La primera y más evidente consiste en volver a la concepción tradicional del principio *non bis in idem* la cual rigió en el Ecuador hasta el año 2008. Para lograr esto se requeriría eliminar la palabra “y materia” de la constitución mediante enmienda constitucional. Esto traería necesariamente como consecuencia que se aplique una de las dos ramas que conforman el *ius puniendi* en función de cuál sea la primera en actuar. Es decir, si se acusa por la vía penal, está previene de que el mismo hecho sea susceptible de ser sancionado por la rama administrativa y viceversa. Sin embargo, esto no es tan plausible puesto que como se dijo anteriormente, todo el ordenamiento jurídico en la actualidad se encuentra alineado con esta nueva configuración del principio *non bis in idem* y por lo tanto se requeriría una serie de reformas legales. De igual forma considero que existen alternativas que no pasan por la enmienda de la Constitución que podrían solucionar el problema. Sin embargo, pese a no ser la más plausible, esta opción sería la más simple y solucionaría el problema en su totalidad.

2. Sentencia de la Corte Constitucional

Se podría lograr los mismos resultados anteriormente expuestos, si la actual Corte Constitucional expidiera una interpretación vinculante, modulando la aplicación del principio *non bis in idem* en el Ecuador, para el caso concreto de la tutela del medio ambiente. De esta manera, la Corte debería reconocer la afectación al principio de proporcionalidad, y estipular que la palabra “y materia” del artículo 76 numeral siete literal i no tiene efecto para el caso de la tutela del medio ambiente. De esta forma, no se requeriría enmendar la Constitución ni modificar el esquema actual de actuación conjunta del Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador para la tutela de otros bienes jurídicos. Lo único que se estaría haciendo es volver a aplicar la vertiente tradicional del principio *non bis in idem* únicamente para el caso concreto de los delitos penales

ambientales y las sanciones administrativas. De esta manera, la rama que actúe primero, excluye a la otra y así se evita la sobrecarga de sanciones y la desproporcionalidad que esto conlleva. Pero esto faculta al Estado, para tutelar otro tipos de bienes jurídicos, mediante las dos ramas en el caso de que así sea requerido.

3. Técnica Legislativa y reformas legales del Código Orgánico Integral Penal y Código Orgánico del Ambiente

La tercera forma de solucionar este problema jurídico consiste en implementar una correcta aplicación de técnica legislativa por parte del legislador ecuatoriano para que se realice un análisis exhaustivo de cuáles bienes jurídicos deben ser tutelados bajo la rama penal y cuáles bajo la rama administrativa. Bajo esta idea, el legislador ecuatoriano debería realizar un catálogo de bienes jurídicos que sean objeto de esta doble protección y de esta manera analizar cuales deben ser tutelados bajo la rama administrativa, y dejar los bienes jurídicos de mayor importancia para la rama penal. Separar los bienes jurídicos de la doble tutela y decidir cuál es la mejor calificada para realizar esta tarea, soluciona de igual forma el problema en su totalidad y respeta la lógica de *ultima ratio* del Derecho Penal.

De esta forma, se evitaría el problema de la desproporción y brindaría orden al ordenamiento jurídico, respetando el principio de mínima intervención penal. En esta línea el legislador debe tomar en consideración que rama del derecho es la mejor calificada para realizar dicha tutela. Esto derivaría necesariamente en dos reformas legales del Código Orgánico Integral Penal y del Código Orgánico del Ambiente.

En el caso concreto de los delitos penales ambientales, considero que la rama mejor calificada para realizar esta protección del medio ambiente, consiste en el Derecho Administrativo sancionador. Por una sencilla razón: que la persona sea privada de su libertad, no restaura al ecosistema afectado. La restauración se logra a través de mecanismos de reparación integral y debe ser ejecutada por el Estado mediante las entidades técnicas competentes, no por la misma persona.

Realizar esta ponderación para decidir qué rama del derecho es la más adecuada para brindar tutela al medio ambiente, le corresponde única y exclusivamente al legislador. Lo importante consiste en entender que es necesario tutelar al medio ambiente, mediante de una de las dos ramas. La concurrencia tal y como se encuentra en la actualidad, es inefectiva, afecta instituciones jurídicas del Derecho Penal, y culmina siendo desproporcional.

En este caso en concreto, al permitir esta doble tutela producto del *non bis in idem*, pierden una de estas (la pena y su finalidad) están siendo aplicadas de una forma que termina contradiciendo la razón principal. Adicionalmente, por esta misma realidad se está produciendo una desproporcionalidad entendida como una desigualdad de armas del administrado frente al Estado y la aplicación de su potestad sancionadora.

5 BIBLIOGRAFÍA

- Agradano de Llanos, María Elena. *La Protección penal del ambiente. Los delitos ambientales. Citado por Silvia Castro y Bormman Peñaherrera en Lecturas sobre los Derechos del Medio Ambiente.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004.
- Akhil Reed Amar, *Double Jeopardy Law Made Simple*, 106 Yale L. J. 1807, 1812 Abril 1997.
- Albán, Ernesto. *Los Delitos contra el medio ambiente en el Código Penal Ecuatoriano.* Foro revista de derecho No.8 UASB. Quito:2008.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas.* Bogotá: Editorial Temis, 2013.
- Bernal, Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* 3era. ed. Madrid: 2007.
- Berra, Elisabeth. *La acción penal ambiental.* Simposio de Jueces y Fiscales de América latina: Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental (1ª ed.). 2014. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1956/Problematica_Berra_Rodriguez.pdf?sequence=1
- Cabanelas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental de Torres.* Edición 2006.
- Campos, Tomas Cano. *Non Bis In Idem, Prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador.* Revista de Administración Publica Núm. 156. Septiembre 2001.
- Carrasco, Edison. *El Concepto de expansión del Derecho Penal Puesto en cuestionamiento y su relación conflictiva con el concepto de inflación penal.* *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII. 2017.
- Clérico, Laura. “El examen de proporcionalidad entre: el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo.* Miguel Carbonell y Pedro Grández (ed.). Primera edición. Lima: 2010.

- Durán Migliardi, Mario. *Teorías Absolutas de la pena: Origen y fundamentos*. Universidad San Sebastián Chile. Revista de Derecho y Ciencias Penales N° 16 (91-113), 2011.
- Donna, Edgardo. *Derecho Penal Parte Especial. Tomo II-A*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.
- Echeverría, Hugo. “Elementos del Derecho Constitucional Ambiental”. *Manual de Derecho Penal Ambiental*. 1 era. ed. Ed. Hugo Echeverría y Silvia Castro. Fiscalía General del Estado y Sea Shepherd Conservation Society. Quito: s/f.
- Ferrajoli, Luigi. *El Derecho Penal mínimo*. Universidad de Camerino. s/f.
- Fletche, Maria. “Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union” *Criminal Proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*. The Modern Law Review, Vol. 66, No. 5 (Sep., 2003, pp. 769-780) Published by: Wiley on behalf of the Modern Law Review Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/3699087>
- Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. 1era ed. Editorial Jurídica de Chile. Chile: 2001.
- Gunter, Jakobs & Cancio, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. 1era Edición. Madrid: 2003.
- Loayza, Carolina & De Pierola, Nicolas, *The Principle of Non Bis In Idem and its Treatmen in the American System for Human Rights Protection: Case Layza Tamayo*, 14 Anuario de Derecho International 809. 1998.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. *El principio Non bis in idem*. Dykinson. Madrid: 2004.
- Luqín, Ernesto. “*Repasando el Ius Puniendi Iter Criminis*”, Revista de Ciencias Penales Núm 5.Tlalpan México: (2006. pág113-142).

- Martín, Gracia. *Sobre la necesaria modernización del Derecho Penal*. Derecho Penal Central. Ramiro García Falconí. 1 era. edición. Rodín. Ecuador: 2011.
- Muñoz Lorente, José. *La Nueva configuración del principio non bis in ídem*. España, Ecoiuris, 2001.
- Oyarte, Rafael. *Debido Proceso*. 2da. Edición. Quito: 2016.
- Pacheco, Mauricio E. *Fundamentos Del Derecho Penal en el Ecuador*. El Forum. Quito: 2015
- Peña, Mario.et. al. *Manual sobre Derecho Penal ambiental ecuatoriano*. Ed. Hugo Echeverría Villagómez. Quito.
- Ramírez, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*. 1era. Edición. Colombia: 2007.
- Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario del Español Jurídico*.
- Roxin, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Madrid: Reus. 1981.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General I. Fundamentos La Estructura de la Teoría del Delito*. 2da Edición. Madrid: Civitas. 1997.
- Sánchez, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal*. 2da.ed. España: Civitas, 2001.
- Santamaría, Ramiro. *La injusticia penal en la democracia constitucional de derechos*. 1era. Edición. Quito: 2013.
- Sessano, Javier. "La protección penal del medio ambiente". *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (2002. pág. 16).
- Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. 10ma ed. Tipográfica Editora Argentina S.A. Buenos Aires: 1992.

Van den Wyngaert, Christine & Stessens, Guy. *The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions*. The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 48, No. 4 (Oct., 1999), Published by: Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/761734>.

Zaffaroni, Eugenio. *Manual de Derecho Penal Parte General*. 2da. Edición, Buenos Aires: Ediar, 2014.

Plexo Normativo Nacional

Código Civil. Registro Oficial Suplemento. 46 de 24-jun.-2005.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. 2º de octubre de 2008.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180. 10 de febrero de 2014.

Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Suplemento 31. 07 de Julio de 2017.

Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 983. 12 de Abril de 2017.

Plexo Normativo Internacional

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 18 de Diciembre de 2000.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 22 de Noviembre de 1969.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 01 de Julio de 2002.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de Marzo de 1976.

Protocolo No. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo 1984.

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 194-16-SEP-CC. Caso No. 0832-12-EP. Quito 15 de Junio de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.012-14-SEP-CC, Caso n.0529-12-EP. Quito 15 de Enero de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador Quito. Sentencia N.O 050-16-Sep-CC Caso N.O 0146-11-Ep. 24 de Febrero de 2016.

Corte Nacional de Justicia Primera Sala de lo Penal. Quito, 17 de noviembre del 2010; Expediente de Casación 26 Registro Oficial Edición Especial 29 de 26-Jul.-2013.

Corte Nacional de Justicia. Resolución No. 02-2016.

Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala. Caso No. 137-2007. Registro Oficial No. 420: 08 de Septiembre de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Primera sala de Casación. 15 de junio del 2000. Gaceta Judicial 3 de 15-Jun.-2000.

Corte Suprema de Justicia tercera sala de lo penal Quito, 18 de octubre del 2007; Expediente de Casación 137 Registro Oficial 420 de 08-Sep.-2008.

Sentencia del Tribunal Undécimo de Garantías Penales del Guayas. Caso No. 00232-2015.

Sentencia de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón de Loreto. Caso No. 22303-2017-00257. 27 de Octubre de 2017.

Jurisprudencia Extranjera

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N. C-595/10.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Septiembre 1997. *Caso Layza Tamayo*,14.

Corte Interamericana de Derechos Humanos; Sentencia en el *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, de 2 de Febrero de 2001.

Juzgado de lo Penal No. 2 de Albacete. Auto de fecha 15-12-2005. eleva al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el art. 171.4 CP/1995.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJCE/2016/321. Sala cuarta. 28 de Julio de 2016. “*Caso Ordre des barreaux francoiphones y germanophone y otros contra Conseil des ministres*”.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 188/2005. 4 de Julio. BOE. Núm 186