Consultoría para desarrollar la norma secundaria necesaria para aplicar las disposiciones sobre la potestad sancionadora del MAE, incluyendo infracciones y sanciones relacionadas con vida silvestre, contenidas en los Títulos II, III y IV del Libro VII del COA

Informe del producto 1

Consultora: Tammy Vallejo Silva

Fecha: 14 de enero de 2018

Índice

1. Antecedentes ... 3
2. Objetivos ... 3
   2.1. Objetivo general de la consultoría ... 3
   2.2. Objetivos específicos de la consultoría ... 3
   2.3. Objetivos del Producto 1 ... 3
3. Metodología ... 4
   3.1. Análisis de las disposiciones sobre el régimen sancionador, incluyendo infracciones y sanciones relacionadas con vida silvestre, contenidas en los Títulos II, III y IV del Libro VII del COA, así como normas relacionadas que se encuentren contempladas en otros instrumentos normativos; ... 4
   3.2. Análisis del TULSMA donde se identifiquen disposiciones que podrían seguir vigentes luego de la entrada en vigencia del COA, así como aquellas que podrían seguir vigentes con actualizaciones o reformas menores; ... 5
   3.3. Priorización de las normas materia de Decreto Ejecutivo que deben entrar en vigencia en abril de 2018; ... 5
   3.4. Identificación de las normas técnicas y de política pública que sean materia de Acuerdo Ministerial y que deberían desarrollarse para la aplicación efectiva del Reglamento General de Aplicación del COA; ... 5
   3.5. Análisis de derecho comparado que permita identificar normas de otros países que podrían ser adaptadas al contexto local y deban ser incluidas en el Reglamento General de Aplicación del COA; ... 6
   3.6. Identificación de temas que deban ser desarrollados en otras consultorías temáticas o transversales dentro del presente proceso; ... 6
   3.7. Identificación de insumos técnicos no jurídicos necesarios para la aplicación del Reglamento General de Aplicación del COA; ... 6
   3.8. Identificación de disposiciones del COA, COIP y leyes relacionadas, que requieran reforma legislativa, a fin de contar con una óptima reglamentación, que garantice los principios y reglas constitucionales aplicables a la materia. ... 7
4. Hallazgos y conclusiones del primer producto ... 7
   4.1. Sobre la potestad sancionatoria ... 7
   4.2. Dispersión de infracciones en normas de carácter infra-legal ... 8
   4.3. Ausencia de un único proceso sancionatorio ... 9
   4.4. Infracciones ausentes en el COA ... 9
   4.5. Deficiencias en la acción civil por daños ambientales y en el régimen penal ... 10
5. Nudos críticos y posibles soluciones ... 10
   5.1. Vacios en materia sancionatoria ... 10
   5.2. Falta de tipicidad del artículo 314 del COA ... 11
   5.3. Necesidad de un régimen procedimental de transición ... 11
   5.4. El procedimiento general del COAD carece de una lógica ambiental ... 13
   5.5. El principio de proporcionalidad ... 13
   5.6. Infractores que no declaran impuestos ... 14
   5.7. Infracciones y sanciones sobre fauna urbana y fauna silvestre urbana ... 14
   5.8. Reformas COIP ... 15
6. Articulado que se debe desarrollar en el RGCOA ... 15

1. Antecedentes

El Código Orgánico del Ambiente (COA), publicado el 12 de abril de 2017, entrará en vigor el 12 de abril de 2018. Es imperativo desarrollar la reglamentación necesaria para su efectiva aplicación e implementación práctica. De igual forma es necesaria una revisión de la normativa de rango infra-legal, que ha sido objeto de varias reformas, pues esta debe ser adecuada y adaptada para el cumplimiento de las obligaciones y facultades previstas en el COA.

En el marco de la consultoría es esencial tomar en cuenta que el Código Orgánico Administrativo (COAD), publicado el 7 de julio de 2017, entrará en vigor el 12 de abril de 2018. Este cuerpo legal, aplicable a todas las instituciones que conforman el sector público, deroga todas las disposiciones relativas a procedimientos sancionatorios y, en su lugar, desarrolla un procedimiento sancionatorio general.

2. Objetivos

2.1. Objetivo general de la consultoría

En concordancia con el numeral 3 de los Términos de Referencia de la presente consultoría, su objetivo general es el siguiente:

> [D]esarrollar la normativa ambiental secundaria relacionada con el régimen sancionador, incluyendo infracciones y sanciones relacionadas con vida silvestre, contenida en los Títulos II, III y IV del Libro VII del COA, en articulación con la normativa nacional e internacional, considerando las competencias y atribuciones de la Autoridad Ambiental Nacional en virtud de fundamentos técnicos y jurídicos sólidos que le permitan al MAE desarrollar una gestión ambiental adecuada y conducente para la efectiva protección del patrimonio natural del país.

2.2. Objetivos específicos de la consultoría

Los términos de referencia identifican cuatro objetivos específicos para la consultoría:

> 1. Recopilar, analizar y articular toda la normativa internacional y la normativa nacional orgánica, ordinaria y secundaria relacionada con el patrimonio natural y la vida silvestre, para mantener coherencia y armonización.
>
> 2. Elaborar una propuesta de articulado para desarrollar las disposiciones relativas al régimen sancionador, incluyendo infracciones y sanciones relacionadas con vida silvestre, contenido en los Títulos II, III y IV del Libro VII del COA.
>
> 3. Elaborar una propuesta de reforma al COIP en torno a delitos ambientales, prestando especial atención a aquellos en contra de la vida silvestre.
>
> 4. Participar en el proceso de elaboración, revisión y análisis del articulado propuesto para el Reglamento General de Aplicación del COA.

2.3. Objetivos del Producto 1

Tomando como punto de referencia los objetivos específicos de la consultoría, los objetivos específicos del presente Producto 1 son:

1. Recopilar, analizar y articular toda la normativa internacional y la normativa nacional orgánica, ordinaria y secundaria relacionada con el patrimonio natural y la vida silvestre, incluidos los delitos ambientales, para mantener coherencia y armonización, y;

2. Identificar y analizar las correlación de las infracciones previstas en el COA con las actualmente existentes en normas cuya derogacion se preve en el mismo cuerpo normativa, asi como aquellas contenidas en normas de rango infra-legal.

3. Identificar las normas del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que contienen disposiciones comunes aplicables a todos los delitos ambientales, y la forma en que éstas se conectan o contrastan con el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria.

4. Comparar las sanciones correspondientes a delitos ambientales del COIP con las previamente establecidas por el Código Penal del año 2000, para determinar si existió una violación al principio de prohibición de regresividad ambiental que justifique una reforma al COIP en este sentido.

5. Identificar las infracciones del COA que tienen una correspondencia normativa directa o indirecta con tipos penales del COIP y los posibles vacios o trabas que dificulten su aplicación.

3. Metodología

Para la consecución de los objetivos arriba señalados, se realizaron los análisis que se detallan a continuación. En la vasta mayoría de las ocasiones, los hallazgos fruto de este trabajo fueron incluidos y sistematizados en la **Matriz de Análisis Legal** que se adjunta al presente informe como parte fundamental del mismo; para acceder a información concreta, caso-por-caso, se recomienda la revisión de dicha matriz. En otros casos los hallazgos se incorporan directamente al presente informe, o sus anexos.

Cabe señalar que el desarrollo de cada uno de los pasos que se especifican a continuación se realizó teniendo en cuenta el objetivo final de la consultoría, esto es desarrollar la normativa ambiental secundaria relacionada con el régimen sancionador, incluyendo infracciones y sanciones relacionadas con vida silvestre, contenida en los Títulos II, III y IV del Libro VII del COA, razón por la cual se ha utilizado como referente metodológico el Manual de Técnica Legislativa de la Asamblea Nacional.

3.1. Análisis de las disposiciones sobre el régimen sancionador, incluyendo infracciones y sanciones relacionadas con vida silvestre, contenidas en los Títulos II, III y IV del Libro VII del COA, así como normas relacionadas que se encuentren contempladas en otros instrumentos normativos;

El resultado de este análisis está contenido en la Matriz de Análisis Legal en el formato proporcionado por el MAE.

Tomando en cuenta que la Matriz de Análisis Legal tiene como base el articulado del COA ha sido necesario desarrollar un anexo a la misma que permita la identificación de disposiciones

sancionatorias de rango infra-legal que no tienen una correspondencia directa con las infracciones contenidas en el COA, así como la correspondencia de las disposiciones sancionatorias contenidas en leyes que se derogan con la entrada en vigor del COA.

El Anexo 3 permite identificar las infracciones que no han sido incorporadas en el COA, o que han sido parcialmente incorporadas, evidenciando así una necesidad de reforma del citado código.

3.2. Análisis del TULSMA donde se identifiquen disposiciones que podrían seguir vigentes luego de la entrada en vigencia del COA, así como aquellas que podrían seguir vigentes con actualizaciones o reformas menores;

El resultado de este análisis está contenido en la Matriz de Análisis legal en el formato proporcionado por el MAE. Es importante mencionar en este punto que, en atención al Decreto Ejecutivo No. 849 de 11 de Agosto de 2011, el titular del Ministerio del Ambiente tiene la facultad de, mediante acuerdo ministerial, expedir las normas que estime pertinentes para sustituir el Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, independientemente del rango u origen de dicha disposición.

Tomando en cuenta que la Matriz de Análisis Legal tiene como base el articulado del COA se ha desarrollado el Anexo 1 que identifica normas procedimentales sobre el régimen sancionatorio que constan en el TULSMA con la correspondiente recomendación sobre su vigencia.

Sobre la base de las identificaciones del Anexo 1 se han realizado recomendaciones de carácter temporal que demandan de la existencia de un régimen de transición hasta la entrada en vigor del COAD. Este análisis se aborda con mayor detalle en la sección correspondiente a los nudos críticos.

3.3. Priorización de las normas materia de Decreto Ejecutivo que deben entrar en vigencia en abril de 2018;

Al momento de realizar esta priorización se tomaron en cuenta precisiones doctrinarias y legales que señalan qué tipo de disposiciones pertenecen a un reglamento general, así como consideraciones prácticas relacionadas a la necesidad de blindar ciertos temas o permitir una flexibilidad, propia de un acuerdo ministerial.

El resultado de este análisis está contenido en la Matriz de Análisis legal en el formato proporcionado por el MAE.

3.4. Identificación de las normas técnicas y de política pública que sean materia de Acuerdo Ministerial y que deberían desarrollarse para la aplicación efectiva del Reglamento General de Aplicación del COA;

El resultado de este análisis está contenido en la Matriz de Análisis legal en el formato proporcionado por el MAE concretamente en las columnas K y L.

Al momento de realizar esta priorización se tomaron en cuenta precisiones doctrinarias y legales que señalan qué tipo de disposiciones pertenecen a un acuerdo ministerial, así como consideraciones prácticas relacionadas a la flexibilidad propia de un acuerdo ministerial.

3.5. Análisis de derecho comparado que permita identificar normas de otros países que podrían ser adaptadas al contexto local y deban ser incluidas en el Reglamento General de Aplicación del COA;

Para alcanzar los objetivos del producto 1 y en cada uno de los análisis realizados para el efecto, se han identificado normas de otros países para, en esta primera etapa, identificar su posible relación con la legislación nacional y en consecuencia la posible adaptación de algunos de sus articulados al reglamento.

Se han analizado principalmente:

1) Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. (España)
2) Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. (España)
3) LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL TEXTO VIGENTE

   Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2013

4) LEY No. 7554

   LEY ORGANICA DEL AMBIENTE

   LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

3.6. Identificación de temas que deban ser desarrollados en otras consultorías temáticas o transversales dentro del presente proceso;

Se han identificado como temas esenciales para el desarrollo en otras consultorías los siguientes:

Reparación Integral:

1) Contenido y alcance de las medidas de reparación integral de los daños ambientales, alcance de la contingencia, mitigación, corrección, remediación, restauración, compensación, indemnización.
2) Contenido y alcance de las medidas de prevención de los daños ambientales.

Institucionalidad:

1) Direcciones o instituciones especificas del MAE que ejerzan la potestad sancionadora y sustancien los diferentes procedimientos sancionatorios.

3.7. Identificación de insumos técnicos no jurídicos necesarios para la aplicación del Reglamento General de Aplicación del COA;

El resultado de este análisis está contenido en la Matriz de Análisis legal en el formato proporcionado por el MAE, concretamente en la columna J. Se ha detallado en las observaciones el grado de importancia o relevancia que la emisión de dichas normas técnicas tiene para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Entre las mas importantes constan:

1) Lineamiento y criterios para caracterizar, evaluar y valorar el daño ambiental, así como las diferentes medidas de prevención y restauración.
2) Metodología para la valoración del daño ambiental.
3) Protocolo de custodia de las muestras
4) Normas técnicas sobre la gestión de desechos y sustancias en general.
5) Normas técnicas de bioseguridad y de biotecnología moderna.

Cabe señalar que los insumos referidos en los puntos del 4 al 5 son parte del contenido de las infracciones, es decir que la infracción se comete al vulnerar estas referidas normas técnicas por lo que su emisión es prioritaria. En el caso de las normas relacionadas con la caracterización y valoración del daño su emisión es imprescindible para cumplir con el mandato del articulo 320 del COA y establecer la obligación de reparación integral para el responsable de los daños ambientales.

3.8. Identificación de disposiciones del COA, COIP y leyes relacionadas, que requieran reforma legislativa, a fin de contar con una óptima reglamentación, que garantice los principios y reglas constitucionales aplicables a la materia.

El resultado de este análisis está contenido en la Matriz de Análisis legal en el formato proporcionado por el MAE, concretamente en la columna H (otra normativa), en cada caso se han precisado en la columna correspondiente la necesidad de reformas en artículos específicos.

4. Hallazgos y conclusiones del primer producto

Esta sección desarrolla los principales hallazgos, conclusiones y nudos críticos encontrados en el desarrollo del primer producto.

4.1. Sobre la potestad sancionatoria

La potestad sancionadora en términos generales la ejerce el MAE en virtud del artículo 24.17 del COA. Se trata de una potestad amplia, circunscrita únicamente al ámbito de su competencia.

Sin embargo, los GADs provinciales y metropolitanos/municipales también ejercen la potestad sancionadora en ciertos casos. Así, estos GADs se encargan de regular, prevenir, evitar, reparar, controlar y sancionar la contaminación y el daño ambiental (CALIDAD AMBIENTAL) cuando se hayan acreditado como autoridad de aplicación ambiental responsable en el MAE[1].

[1] Esta competencia se configura por la interacción de las normas contenidas en los artículos 26.6, 27.9, 165 y 299 del COA.

Los GADs provinciales ejercen esta potestad en las parroquias rurales, mientras los metropolitanos/municipales lo hacen en las parroquias urbanas.

Los GADs metropolitanos/municipales tienen otro espacio de ejercicio de la potestad sancionadora: fauna y arbolado urbanos (según el art. 27.8 COA). Para las sanciones sobre temas de fauna silvestre urbana, no obstante, el MAE retiene su competencia. Asimismo, el MAE retiene su competencia exclusiva para aplicar sanciones sobre temas forestales, vida silvestre y áreas protegidas en todo el territorio nacional.

Cuadro resumen de la potestad sancionadora COA:

GADS General Potestad sancionadora en el ámbito de su competencia (exclusivas-delegadas)	Art. 299 Potestad sancionadora en el ámbito de su circunscripción territorial y competencias de conformidad con lo establecido en este COA
GADS Municipales y Metropolitanos Exclusiva Sancionar fauna urbana y arbolado urbano	Art. 299 (segundo inciso) Fauna y Arbolado urbano-potestad para sancionar exclusivamente y para dictar las normas correspondientes para la fauna urbana y arbolado urbano .
Competencias de los GADS condicionada a la acreditación	Art. 165 competencia delegadas relativas al proceso de evaluación de impactos, control y seguimientos de la contaminación, así como de la reparación integral.
GADS Provinciales (en las áreas rurales) Acreditación	Art. 26. 6. Pueden generar normas y procedimientos para sancionar contaminación y danos ambientales.
GADS Metropolitanos y Municipales, procesos de evaluación y reparación de daños (Acreditación)	Art. 27.9: generar normas y procedimientos para sancionar contaminación y daños ambientales.

4.2. Dispersión de infracciones en normas de carácter infra-legal

Uno de los principales problemas para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental es el alto grado de dispersión de sanciones, infracciones y procedimientos, los cuales históricamente han sido parte de diversos cuerpos normativos de distinto rango legal. La inclusión de infracciones y sanciones en normas de rango infra-legal ha presentado un desafío en particular, pues dicha práctica violenta el principio de reserva de ley consagrado en la Constitución[2].

Como se evidencia del Anexo 3, se han identificado un gran número de infracciones con sus correspondientes sanciones en normas de carácter legal como infra-legal.

[2] El numeral 2 del artículo 132 es claro al mandar que se requiere de ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.

La entrada en vigor del COA constituye una oportunidad histórica para unificar infracciones, sanciones y procedimientos sancionadores en una norma de carácter legal clara y precisa que pone a disposición de la administración pública y la ciudadanía todas las herramientas necesarias para proteger a la naturaleza, a la vez que observa a cabalidad el principio de reserva de ley.

4.3. Ausencia de un único proceso sancionatorio

Como se evidencia del Anexo 1 se han identificado una serie de disposiciones que regulan las diferentes etapas de los procedimientos sancionatorios que se sustancian en el MAE en diversos cuerpos normativos. Es decir no existe un unico procedimiento sancionatorio.

Hasta la actualidad han coexistido múltiples procesos para sancionar infracciones ambientales. Principalmente se han identificado (a) el procedimiento contenido en los artículos 94 y siguientes de la Ley Forestal[3], utilizado para sancionar infracciones de temas forestales, vida silvestre, áreas protegidas, y costeros; (b) el procedimiento contenido en los artículos 311 y siguientes del Libro VI del TULSMA, aplicable a sanciones relacionadas con la calidad ambiental, y; (c) las demás infracciones de carácter ambiental se tramitan utilizando el procedimiento general del ERJAFE esbozado a partir de su artículo 192. Se han identificado tambien remisiones a otros cuerpos normativos como al Codigo de la Salud en el caso de la Ley de Gestion Ambiental.

En este caso la entrada en vigor del COAD constituye la oportunidad para unificar un solo procedimiento sancionador en una norma de carácter legal clara y precisa. Las particularidades de este proceso en el campo ambiental están desarrolladas en el Anexo 2.

4.4. Infracciones ausentes en el COA

El analisis contenido tanto en la Matriz de Analisis legal como en su Anexo 3 nos permite concluir que el listado de infracciones contenido en el COA no es completo. Es decir existen infracciones que se encuentran en normas de carácter infra-legal o en leyes que se derogan con la entrada en vigencia del COA, esto es Ley de Gestión Ambiental, Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambienta, la Ley que Protege la Biodiversidad en el Ecuador y la Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales, que no han sido recogidas en el titulo correspondiente a infracciones del COA, o han sido recogidas de manera parcial.

Adicionalmente hemos identificado la existencia de otras conductas que no se encontraban reguladas previamente y que al no haber sido incoporadas al COA siguen teniendo un vacio en la legislación. Por ejemplo, no están tipificadas infracciones para sancionar la erosión o la pérdida genética. Para la segunda fase se ha solicitado la colaboración de los consultores para que cada uno en el ambito de su consultoria señale otras posibles conductas que deban ser sancionadas y que no constan en el COA para la propuesta final de reforma.

El COA es el único cuerpo normativo adecuado para establecer infracciones y sanciones pues, como hemos visto, establecer infracciones en normas de rango infra-legal es inconstitucional. Por esto es de vital importancia que en el listado de infracciones contenido en el Libro VII del COA se contemplen todas las necesarias para una adecuada protección de la naturaleza, mediante la correspondiente reforma.

[3] Este procedimiento contiene también ciertas disposiciones procedimentales que se encuentran en los artículos 215 y siguientes del Libro III del TULSMA.

4.5. Deficiencias en la acción civil por daños ambientales y en el régimen penal

Tanto la legislación administrativa, como la civil y la penal, le otorgan consecuencias jurídicas de diverso tipo al daño ambiental y el incumplimiento de las normas ambientales. Se ha identificado que a la luz del COA se presentan ciertas deficiencias en los procedimientos civil y penal.

En el caso de la acción civil por daños ambientales[4], la cual se presenta siempre en nombre de la naturaleza como parte procesal con la finalidad de reparar los daños que se le haya causado, ésta se desarrolla en tan solo tres artículo del COGEP (38,39 y 40), lo cual resulta insuficiente. Por ejemplo, el juez carece de amplias facultades para ordenar medidas cautelares necesarias para prevenir daño inminente o detener daño efectivo, entre otros aspectos. En la Matriz de Analisis Legal se han incorporado en las filas correspondientes las observaciones al articulado y las propuestas de reforma.

En cuanto a las acciones penales, si bien el principio general de que la autoridad administrativa debe informar a fiscalía cuando se encuentre ante el presunto cometimiento de un delito ambiental, éste y otros momentos de coordinación deben desarrollarse en mayor detalle, pues existen particularidades como en los casos de flagrancia.

5. Nudos críticos y posibles soluciones

Los nudos críticos que se identificados, junto con sus respectivas soluciones, se detallan a lo largo de la presente sección.

5.1. Vacios en materia sancionatoria

Conforme se ha referido previamente se han encontrado vacíos en las infracciones recogidas en el COA, el origen de estos vacíos puede identificarse en una de las siguientes razones:

1) Existen infracciones contenidas en normas de carácter infra-legal que no fueron trasladadas, o que fueron trasladadas parcialmente a la ley.
2) Existen infracciones en leyes que se derogan con la entrada en vigencia del COA que no fueron trasladadas al COA, o que no fueron trasladadas en su integralidad.
3) Existen conductas que no estaban recogidas como infracciones antes de la publicación del COA y esa ausencia se ha mantenido en el COA.

Esta problemática solo puede ser solventada a través de una reforma al COA, por las limitaciones propias de la facultad reglamentaria. Se ha calificado este hallazgo como un nudo crítico por la incidencia que muchas de estas conductas que no fueron recogidas tienen sobre el ambiente y su gestión.

Cabe señalar que es necesario profundizar en la identificación de las conductas referidas en el numero 3 con la ayuda de los técnicos especializados y consultores para complementar la propuesta de reforma. Los vacíos mas importantes identificados al momento son:

[4] La acción por los daños y perjuicios que puedan llegar a sufrir terceras personas, o sus patrimonios, se tramita a través de las disposiciones habituales del COGEP para este tipo de juicios. En el presente informe no hacemos referencia alguna a este tipo de proceso, al estar explícitamente separados del proceso de daños ambientales por expreso mandato del inciso final del artículo 38 del COGEP.

-Ausencia de infracciones por incumplimiento de las condiciones y obligaciones de los incentivos que no sean forestales.
-No existen infracciones específicas para temas asociados al acceso a recursos genéticos, como la erosión genética.
-Falta de sanciones a los facilitadores y consultores.
-Infracciones relativas al cambio de uso de suelo.

5.2. Falta de tipicidad del artículo 314 del COA

Según el principio de tipicidad consagrado por el artículo 29 del COAD, "a cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa". El artículo 314 del COA no cumple con este principio, y tiene el potencial de generar confusión en la autoridad sancionadora.

Dicho artículo señala simplemente que las infracciones ambientales son las acciones u omisiones que violen las disposiciones ambientales del COA, pero no especifica sanción alguna.

La posibilidad de confusión ocurre al reparar en los artículos 316, 317 y 318, los cuales contienen un listado de infracciones con sus respectivas sanciones. No debe de quedar dudas de que son estas las únicas infracciones administrativas ambientales, lo cual será aclarado en el RGCOA.

5.3. Necesidad de un régimen procedimental de transición

Por primera vez en la historia, existe en el Ecuador un cuerpo normativo que contiene normas procedimentales claras de aplicación obligatoria en todo el sector público[5], tanto a nivel central como descentralizado: el Código Orgánico Administrativo (COAD) publicado el 7 de julio de 2017. Este código introduce un proceso sancionador administrativo (incluyendo la fase coactiva) que debe ser utilizado tanto por el MAE como por los GADs al momento de conocer y sancionar todas las infracciones contenidas en el COA, observando ciertas particularidades y principios propios del derecho ambiental[6].

El COAD deroga de manera expresa *"todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando"* (Disposición Transitoria Primera). Es decir, todos y cada uno de los procedimientos de esta naturaleza contenidos en la Ley Forestal, el TULSMA y otra normativa de rango infra-legal, así como las normas procedimentales del ERJAFE, dejan de existir. Es vital que las autoridades que ejercen la potestad sancionatoria tengan una comprensión meridiana de este hecho.

No obstante lo anterior, debido al periodo de *vacatio legis* de doce meses ordenado en su disposición final, el COAD entrará en vigor recién el 7 de julio de este año, cerca de tres meses después de que el COA haga lo propio el 12 de abril. Tres meses durante los cuales las disposiciones procedimentales del TULSMA continúan vigentes, pero en muchos casos vacías de contenido material al haber derogado el COA normas como la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre.

[5] El artículo 1 del COAD señala que éste "regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público" (énfasis añadido).
[6] Estas particularidades serán explicadas y contextualizadas en el articulado pertinente del RCOA que se desarrolle como parte de los productos 2 y 3 de la presente consultoría.

Esta circunstancia ha generado la necesidad de que se piense en un régimen procedimental de transición aplicable entre el 12 de abril y el 7 de julio de 2018, para los procedimientos sancionatorios que se inicien durante este periodo de tres meses, que será instrumentado sobre la base de los siguientes lineamientos, a ser incorporados en una o varias disposiciones transitorias del RCOA:

1. Hasta la entrada en vigor del COAD los procedimientos sancionatorios (incluyendo medidas provisionales y cautelares) se seguirán sustanciando de acuerdo a la normativa contenida en el TULSMA aplicable para cada caso (aplicable principalmente al procedimiento para sancionar calidad ambiental – Libro VI)

2. En el caso de procedimientos derogados por el COAD (por ejemplo, el de la Ley Forestal) se aplicará el ERJAFE hasta la entrada en vigor del COAD, luego de lo cual todos los procedimientos sancionatorios serán tramitados según sus disposiciones y aquellas particularidades contenidas en el COA, el RCOA, y las disposiciones aplicables del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), norma supletoria.

3. Cuando los procedimientos contenidos en el TULSMA hagan referencia a disposiciones de carácter sustantivo (infracciones y sanciones) contenidas en leyes derogadas por el COA, se dispondrá que éstas sean sustituidas por infracciones del mismo COA cuyos elementos constitutivos sean homologables a los de la infracción derogada.

Sobra señalar que los procedimientos que hayan sido iniciados previamente a la derogación de la Ley Forestal u otras normas se seguirán sustanciando conforme dicha normativa.

El análisis de la aplicabilidad de la solución propuesta consta en el Anexo 1 como solución 1. Esta matriz identifica todas las disposiciones procedimentales sancionatorias del TULSMA y establece soluciones generales para que no pierdan su aplicabilidad con la entrada en vigencia del COA, tomando en cuenta que muchas de estas disposiciones adquieren su contenido de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, pues se remiten a esta y a su procedimiento.

Las soluciones propuestas son las siguientes:

1) Hasta la entrada en vigor del COAD los procedimientos sancionatorios (incluyendo medidas provisionales y cautelares) se seguirán sustanciando de acuerdo a la normativa contenida en el TULSMA aplicable para cada caso (aplicable principalmente al procedimiento para sancionar calidad ambiental – Libro VI). En el caso de procedimientos derogados por el COAD (por ejemplo, el de la Ley Forestal) se aplicará el ERJAFE hasta la entrada en vigor del COAD, luego de lo cual todos los procedimientos sancionatorios serán tramitados según sus disposiciones y aquellas particularidades contenidas en el COA, el RCOA, y las disposiciones aplicables del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), norma supletoria. Cuando los procedimientos contenidos en el TULSMA hagan referencia a disposiciones de carácter sustantivo (infracciones y sanciones) contenidas en leyes derogadas por el COA, se dispondrá que éstas sean sustituidas por infracciones del mismo COA cuyos elementos constitutivos sean homologables a los de la infracción derogada.

2) Trasladar los elementos esenciales (normas derogadas del TULSMA) en el Reglamento del COA guardando coherencia con el COAD.

3) Mantener su contenido no esencial en acuerdo ministerial

Para los casos 3 y 4 es útil el ejemplo del Instructivo para el Control de Productos Retenidos y Decomisados por el Ministerio del Ambiente en Tramites Administrativos por infracciones Forestales y de la Vida Silvestre, ya que del análisis correspondiente se ha determinado que algunos elementos esenciales del proceso deben ser trasladados al reglamento mientras que otros deben ser mantenidos en el TULSMA

4) Delegación general del Ministro del Ambiente para la sustanciación de los procedimientos sancionatorios, manteniendo la operatividad actual.

5.4. El procedimiento general del COAD carece de una lógica ambiental

Existen ciertos principios que son de aplicación y relevancia exclusiva al derecho ambiental, tales como el de inversión de carga de la prueba y de imprescriptibilidad de acciones judiciales y administrativas[7]. Sin embargo estos principios no guardan coherencia con el procedimiento sancionador general del COAD que entrará a regir desde julio. Así, mientras el procedimiento general del COAD destina varios artículos al deber de probar que tiene la administración pública, lo aplicable en materia ambiental es que el presunto infractor pruebe la inexistencia de daño ambiental. De igual manera, el procedimiento general del COAD desarrolla en detalle varias provisiones sobre la prescripción de acciones y sanciones que riñen con el principio de imprescriptibilidad de la acción ambiental.

El RGCOA debe contener las normas de nivel reglamentaria necesarias para adecuar el procedimiento general del COAD a las necesidades de un procedimiento de carácter ambiental. Estas normas se desarrollarán como parte de los productos 2 y 3 de la presente consultoría. Por lo pronto, se ha desarrollado un anexo (Anexo 2) que contiene algunas particularidades del procedimiento sancionador ambiental que servirán de guía para la redacción del articulado.

5.5. El principio de proporcionalidad

El COA dispone en su artículo 300 que al momento de imponerse sanciones se guardará la "debida proporcionalidad" entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción impuesta. Acto seguido, define este principio de proporcionalidad sobre la interacción de tres criterios: (a) el impacto o magnitud de la infracción; (b) la capacidad económica del infractor, y; (c) la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Nótese que la proporcionalidad debe jugar un rol en la mente de la autoridad sancionadora al momento de imponer todas las sanciones señaladas en el artículo 320, entre las cuales se encuentran la multa económica, el decomiso de especies de vida silvestre junto con los medios (herramientas, equipos, transportes) utilizados para cometer la infracción, y la devolución, suspensión o pérdida de incentivos económicos, entre otras.

Pero existen otras definiciones del principio de proporcionalidad. Definiciones más sofisticadas que le dan mayores luces y referentes a la autoridad sancionadora al momento de graduar la sanción a imponerse. Una de estas definiciones está contenida en el artículo 16 del COAD, según el cual "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" y el cual señala además que las cargas sancionatorias que se impongan a las personas no resultarán desmedidas en relación con el objetivo, la finalidad, prevista en la norma. Este cuarto criterio, el de finalidad, será tomado en cuenta al momento de desarrollar los lineamientos del RCOA

[7] Antes del COA parecía haber lugar para cuestionar si la imprescriptibilidad de las acciones administrativas le era extensivo al ámbito sancionador administrativo. Sin embargo, el COA aclara cualquier duda en su artículo 34, el cual señala que las acciones en defensa de la naturaleza son tanto judiciales como administrativas.

que sirvan de herramienta a la autoridad sancionadora al momento de graduar las sanciones resueltas, los cuales se desarrollarán como parte de los Productos 2 y 3 de la presente consultoría.

5.5.1. El principio de proporcionalidad en la graduación de las multas

Desafortunadamente el COA solamente desarrolla el principio de proporcionalidad en lo relativo a las multas, para lo cual desarrolla un sistema que contempla los tres criterios del artículo 300 descritos líneas arriba. Establece una serie de multas "base" que difieren la gravedad de la infracción (leve, grave, muy grave) y crea cuatro grupos de ingresos según las declaraciones de impuesto a la renta (ingresos brutos) de los infractores; así, reconoce tanto la gravedad del daño como la capacidad económica del infractor.

En cuanto al tercer criterio, el relacionado a la potencial existencia de agravantes y atenuantes, el artículo 327 solamente manda que en caso de existir agravantes la multa base se elevará en un 50% de su valor, mientras que la existencia de atenuantes conlleva una reducción del mismo porcentaje. Ahora bien, esto resulta bastante más complejo de lo que parece al considerar que existen cinco agravantes y cinco atenuantes, y que las circunstancias del cometimiento de una infracción perfectamente pueden justificar la aplicación de varios agravantes y atenuantes a la vez. ¿Qué debe hacer la autoridad sancionadora al encontrarse ante estas circunstancias? Ponemos dos posibles alternativas a consideración del MAE:

a. Asignar porcentajes específicos a cada agravante o atenuantes, los cuales se pueden agregar hasta un máximo de 50% en cada caso. El problema con esta alternativa es que el lenguaje del artículo 327 no permite graduar los porcentajes; contempla exclusivamente el aumento o reducción del 50%, no *hasta* el 50%; sería, en otras palabras, ilegal. El beneficio de esta alternativa, por otra parte, es que permitiría un reconocimiento más justo de agravantes y atenuantes en caso de que éstos coexistan.

b. Contabilizar el número de agravantes y atenuantes y, según qué grupo resulte más numeroso, aplicar la correspondiente reducción o aumento del 50% del valor base de la multa. Esta última alternativa parece ser la más adecuada, pues si bien incorpora una comparación que no está identificada en la ley, permite aplicarla sin mayor alteración.

5.6. Infractores que no declaran impuestos

Como se señala líneas arriba, uno de los criterios para establecer la proporcionalidad en la graduación de las multas es la capacidad económica el infractor. Según el artículo 323, "la capacidad económica se determinará en base de los ingresos brutos obtenidos por las personas naturales o jurídicas, registradas en la declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal anterior al del cometimiento de la infracción". El problema con esto es que deja por fuera dos importantes grupos de potenciales infractores: aquellos que evaden impuestos o presentan declaraciones fraudulentas, y las instituciones públicas.

El desarrollo de soluciones para que este tipo de personas naturales y jurídicas no se beneficien injustamente de este criterio está en marcha. Por ejemplo, una posibilidad en el caso de instituciones públicas es aplicar un porcentaje del presupuesto operativo anual.

5.7. Infracciones y sanciones sobre fauna urbana y fauna silvestre urbana

El tratamiento que el COA le da a las infracciones y sanciones de fauna silvestre urbana no es consistente desde un inicio, pues si bien la definición de esta categoría (artículo 141) forma parte del título, capítulo y sección correspondientes al manejo responsable de fauna urbana,

puede pensarse que la fauna silvestre urbana está excluida del ámbito de protección del artículo 319, el cual hace referencia exclusivamente a al manejo responsable de la fauna urbana, no de la fauna silvestre urbana. Sin embargo del artículo 143 puede tambien inferirse que si es una parte de la fauna urbana en los casos descritos previamente y que al tratarse de vida silvestre los GADS deben observar las disposiciones emitidas por la Autoridad Ambiental conforme se señala en el numeral 5.

En estricto cumplimiento del tenor literal del artículo 319, no le son aplicables a los casos de fauna silvestre urbana las infracciones y sanciones por él señaladas. Es decir: los animales silvestres que tienen su hábitat en zonas urbanas no estarían protegidos de la violencia ni el maltrato.

Esto genera una inconsistencia mayor: un perro de la calle en Puerto Baquerizo Moreno estaría protegido del maltrato y las agresiones, pero un lobo marino no. Para solucionar esta inconsistencia, se podría pensar en un sistema híbrido de protección, donde en caso de que sea imposible aplicar sanciones correspondientes a vida silvestre, se apliquen las correspondientes a fauna urbana, sin embargo esta interpretación tiene incidencia sobre temas de competencia en materia de vida silvestre que es exclusiva del MAE.

5.8. Reformas COIP

Parte importante de la presente consultoría la constituye el desarrollo de una propuesta de reforma al COIP en lo relativo a delitos ambientales. El trabajo realizado inicialmente ha consistido en la comparación de las penas impuestas por el COIP con las penas contenidas en el derogado Código Penal. Se ha verificado que varios casos las penas fueron disminuidas, lo cual es una posible violación al principio de prohibición de regresión en materia ambiental[8]. Se adelanta que parte de la reforma propuesta consistirá en regresar a las penas anteriores.

Sin embargo no podemos caer en la trampa de sobredimensionar el impacto que puede tener un aumento de penas. Adicionalmente, una parte importante del trabajo es determinar si los tipos penales tal y como están determinados son aplicables y probables, y de ser necesario, mejorarlos para una mejor y mayor protección de la naturaleza.

Adicionalmente en cada una de las infracciones del COA se ha analizado su correlación o no con un tipo penal y su posible aplicación sobre la base del contenido del Acuerdo Ministerial No. 84 del MAE.

6. Articulado que se debe desarrollar en el RGCOA

Sobre la base de las consideraciones que hemos desarrollado en el presente informe, estimamos que el articulado del RGCOA a ser redactado como parte de los productos 2 y 3 de la consultoría debe tratar los siguientes temas:

[8] Si bien este principio no está reconocido se manera específica ni en la Constitución ni en el COA, se puede asimilar a la prohibición establecida en el artículo 11.8 de la Constitución.

- Particularidades del procedimiento sancionador ambiental
- Transitoria régimen procedimental de transición
- Importar normas procedimentales esenciales del TULSMA
- Definir y aclarar elementos de algunas infracciones- facilitar aplicación
- Principio proporcionalidad (graduación de sanciones)
- Atenuantes y agravantes (graduación de multas – claro y didáctico)
- Mecanismos de coordinación con jueces civiles, fiscalía y SRI
- Lineamientos sobre prácticas de subsistencia, culturales, ancestrales
- Registro Público de Sanciones

***