



14 de enero de 2020

**SINAC-AJ-01-2020**

Señora  
Guiselle Méndez  
Secretaria Ejecutiva  
Consejo Nacional de Áreas de Conservación

**Asunto: SOBRE LA PENALIZACIÓN DEL TURISMO ILEGAL DENTRO DE ASP.**

Estimada señora:

Según lo requerido por usted, hemos procedido a analizar la posibilidad técnica y jurídica de la penalización del turismo ilegal en ASP, con las siguientes observaciones:

**1. Base teórica para el análisis: Políticas de Persecución Criminal y Administrativas.**

El planteamiento de la penalización de conductas determinadas es una decisión de política de persecución criminal. La sanción penal- delitos- es la máxima sanción que se impone ante aquellas conductas que se consideran lesionan bienes jurídicos fundamentales para la convivencia pacífica en un lugar y tiempo determinado.

*La Política criminal es: “El conjunto de respuestas que el Estado organiza para dar respuesta al fenómeno criminal”; este conjunto de respuestas se expresan y materializan en políticas, estrategias, directrices y acciones, los cuales se estructuran y fundamentan en tres niveles: 1. En los grandes lineamientos y principios contenidos en los instrumentos internacionales que adopta el Estado y en la Constitución Política de la República. En estos grandes instrumentos están contenidos los límites infranqueables o principios que guiarán el poder punitivo del Estado. 2. En las leyes ordinarias emanadas del Congreso de la República que generalmente contienen la política penal (derecho penal, procesal penal y penitenciario). 3. En los lineamientos y directrices propias de las instituciones que tienen a su cargo algún eje central de la política criminal, en los cuales toman decisiones de cómo orientar y organizar su función político criminal. ...*

*El Estado, al organizar la respuesta al fenómeno criminal, también fragmenta la política criminal en varios ejes y la descentraliza en distintas instituciones. Cada una de las áreas de la política criminal es esencial para llevar adelante la función de responder al fenómeno criminal. Estos ámbitos son complementarios entre sí y se afectan*

*recíprocamente, de tal forma que el buen funcionamiento de uno favorece a todos y viceversa. Por el contrario, cuando uno de estos aspectos no funciona, afecta negativamente al resto. Entonces: **La política penal, esto es el conjunto de principios y decisiones que adopta el Estado para determinar qué conflictos tendrán la categoría de delitos o faltas y qué tipo de respuestas se darán a los mismos.*** (Propuesta de Plan de Trabajo Institucional - Nery Mauricio Miranda Sanabria, Poder Judicial ).

Esta decisión de política debe traducirse en también en ámbito administrativo, en nuestro criterio, bajo una óptica de intervención penal mínima. Se trata entonces de entender el derecho penal y **la creación de delitos como la ultima ratio**, siendo que se recurra a la penalización – creación de delitos- solo en aquellos casos en que no sea posible por menos gravosos el al disminuir su comisión y por tanto proteger los bienes jurídicos tutelados.

“Derecho penal mínimo implicaría, en sustancia, concebir al derecho penal como la última alternativa (ultima ratio) a la que debería apelar una sociedad para resolver los conflictos sociales; esa última alternativa, a su vez, debería contemplar, desde el punto de vista procesal y constitucional, el respeto más estricto a los derechos y garantías de los particulares; debería también restringirse en sus fines a la prevención especial, tendiendo a la reintegración e inclusión social de los perseguidos y condenados; delimitar el horizonte de proyección de las penas y castigos institucionales; sostener la previsibilidad y controlabilidad de los actos del Estado a partir de concebir las funciones jurisdiccionales como acotantes del poder punitivo; y articular la mayor cantidad posible de alternativas a la pena de prisión, especialmente estrategias de negociación, mediación y otros dispositivos de justicia restaurativa y/o transicional.” (Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Estructura básica del derecho penal”, Editorial Ediar, 2009, p. 37)

Los bienes jurídicos tienen en el Derecho Penal un instrumento para su protección, pero no el único. Este derecho no interviene en las primeras fases del delito sino una vez que este se ha manifestado.

SILVA SANCHEZ afirma que "el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado.

Los sistemas penales no resuelven el problema que genera el delito en la sociedad con la pena privativa de libertad. "Ningún sistema sancionador garantiza su función protectora sobre la base de eliminar todas las infracciones normativas."

Debe tomarse en cuenta dentro de este análisis cuáles son las causas reales de la comisión de esas conductas y cuál podría ser la incidencia su penalización – sanción sobre ellas. Es un análisis de costo- beneficio. El derecho penal es la forma más grave de intervención estatal en la esfera privada de los ciudadanos, por lo que es necesario que sea proporcional y razonable. Esto es, que exista una correspondencia entre la gravedad de la lesión al bien jurídico tutelado o la puesta en peligro de este y la sanción o la forma de sanción (delito o infracción administrativa).

Se ha planteado el problema por parte de los operadores de las ASP de personas que se introducen de forma no autorizada dentro de las ASP, ya sea porque entran dentro de las mismas evadiendo el pago de las tarifas de entrada, porque habiendo pagado ingresan dentro de zonas no autorizadas, infringen algunas normas administrativas como los reglamentos de uso público, etc.

Dentro de estos supuestos, y con base en la perspectiva del derecho penal mínimo, así como de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, no parece que se justifique la creación de tipos penales y mucho menos la imposición de penas privativas de libertad como respuesta estatal ante su comisión. Basta con hacer referencia a las normas administrativas que ya existen, que fundamentan el accionar de la Administración en el ámbito administrativo.

Este tipo de conductas se encuentran en su mayoría previstas como prohibiciones en la Ley de Parques Nacionales y en los Reglamentos de Uso Público respectivos. La Administración – el SINAC- dentro de sus competencias ( art- 22 de la Ley de Biodiversidad ) ostenta todas aquellas que permitan la consecución de los objetivos que la Ley le impone , en la protección de la vida silvestre, las áreas silvestres protegidas, los recursos forestales y las cuencas hidrográficas.

En este sentido existen varias normas legales que permiten sancionar conductas como estas en la vía administrativa.

El artículo 34 de la Ley Orgánica del Ambiente establece la posibilidad de tomar medidas para prevenir o eliminar cualquier el aprovechamiento u ocupación en áreas silvestres protegidas estatales:

*Artículo 34.- Medidas preventivas. En las áreas silvestres protegidas propiedad del Estado, corresponde al Ministerio del Ambiente y Energía, adoptar medidas adecuadas para prevenir o eliminar, tan pronto como sea posible, el aprovechamiento o la ocupación en toda el área y para hacer respetar las características ecológicas, geomorfológicas y estéticas que han determinado su establecimiento.*

Así mismo, es posible aplicar, lo que la ley llaman medidas protectoras y sanciones con base en el artículo 99 de la misma ley:

*Artículo 99.- Sanciones administrativas. Ante la violación de las normativas de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones:*

- a) Advertencia mediante la notificación de que existe un reclamo.*
- b) Amonestación acorde con la gravedad de los hechos violatorios y una vez comprobados.*

- c) *Ejecución de la garantía de cumplimiento, otorgada en la evaluación de impacto ambiental.*
- d) *Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originan la denuncia.*
- e) *Clausura total o parcial, temporal o definitiva, de los actos o hechos que provocan la denuncia.*
- f) *Cancelación parcial, total, permanente o temporal, de los permisos, las patentes, los locales o las empresas que provocan la denuncia, el acto o el hecho contaminante o destructivo.*
- g) *Imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica.*
- h) *Modificación o demolición de construcciones u obras que dañen el ambiente.*
- i) *Alternativas de compensación de la sanción, como recibir cursos educativos oficiales en materia ambiental; además, trabajar en obras comunales en el área del ambiente.*

*Estas sanciones podrán imponerse a particulares o funcionarios públicos, por acciones u omisiones violatorias de las normas de esta ley, de otras disposiciones de protección ambiental o de la diversidad biológica.*

En este mismo sentido el *Reglamento a la Ley de Conservación de la Vida Silvestre N° 7317 N° 40548-MINAE* prevé la posibilidad de la imposición de órdenes administrativas:

*Artículo 219.- Procedencia de las órdenes administrativas. El SINAC, en el ejercicio de sus funciones de supervisión, control y protección, se encuentra facultado por ley y por los principios preventivo, precautorio y el de tutela administrativa efectiva, para emitir órdenes administrativas, con el objetivo de hacer o no hacer determinada conducta contraria a la legislación nacional o internacional, o que genere impacto negativo a la vida silvestre. La orden puede consistir en paralizar, prevenir, eliminar, realizar, omitir, restaurar o corregir.*

En todos estos casos, si se hace respetando los requisitos para la configuración del delito de desobediencia a la autoridad previsto y sancionado por el artículo 314 ( anterior 307) del Código Penal, se crea una ruta lógica y proporcional de la intervención estatal sin la necesidad de creación de nuevos tipos penales que incluyan las conductas en análisis.

**Artículo 220.- Requisitos de la orden administrativa.** *Las órdenes que emita el SINAC deberán cumplir con los siguientes requisitos:*

- a) *Ser clara, precisa, concreta, realizable, razonable y apropiada.*
- b) *Indicar el fundamento o razones de la orden impuesta (en caso de riesgo o daño). En el caso de medidas especiales determinadas por la ciencia y la técnica, o medidas de reparación mitigación o manejo, deberá fundamentarse en el criterio técnico y científico.*

- c) *Dirigida a una persona física con la obligación y la capacidad de cumplirla, identificada en la orden con nombre completo, cédula, dirección y números de teléfono si es posible.*
- d) *Comunicada o notificada en forma personal.*
- e) *Con indicación de si es de cumplimiento inmediato o del plazo que se otorga para cumplir.*
- f) *Con la advertencia de que, en caso de incumplimiento, se le acusará por el delito de desobediencia a la autoridad, contemplado en el artículo 307 del Código Penal.*
- g) *La orden podrá ser oral o escrita. En caso de la orden oral o in situ, el funcionario levantará un acta consignando el cumplimiento de todos los requisitos mencionados en los incisos anteriores.*
- h) *Deberá consignar el lugar, hora y fecha, nombre e identificación del funcionario que realiza la diligencia.*

Del análisis efectuado es posible concluir que, no parece justificarse la creación de nuevos tipos penales para las conductas analizadas, pues no resulta proporcional ni razonable con respecto a la lesión o peligro que pudieran significar a los bienes jurídicos tutelados, que corresponda a una política de persecución penal que pretenda maximizar los recursos existentes para la persecución de conductas que signifiquen consecuencias graves al ambiente.

Es evidente que no se trata de un problema de índole legal, que se vaya a resolver dando una respuesta punitiva mayor, pasando de sanción administrativa a delito, sino más bien operativo y de disposición de recursos y de operatividad del sistema.

Debe tomarse en cuenta además que la puesta en marcha del proceso penal requiere una inversión considerable de recursos que debe justificarse y que podrían resultar mayores a los que requeriría la optimización de los existentes para lograr una mayor efectividad de lo que podría llamarse políticas de persecución administrativa.

## **2. Sobre la explotación de la imagen de la vida silvestre por turistas y guías de turismo:**

Como es conocido por usted, es evidente que la explotación de la imagen ya sea por toma de videos o fotografías por parte de los turistas de manera no autorizada por parte de los turistas y su promoción con fines comerciales por los guías de turismo dentro de las ASP, es una conducta que si podría producir graves daños a la vida silvestre ( bien jurídico protegido) y que no se encuentra tipificada.

En este caso, si se considera que es necesaria la tipificación de estas conductas como delito, pues la respuesta administrativa no resulta suficiente proporcional y razonable con respecto al daño o posible daño que se puede causar a la vida silvestre.

En este sentido, es recomendable se trabaje para justificar un proyecto de ley que permita lo anterior. Como se sabe debe hacerse una justificación técnica, en la que por ejemplo se indiquen datos sobre la incidencia de tipo de conductas , consecuencias para la vida silvestre , poblaciones , asp etc, cuantificación y proyecciones de los posibles daños.

Una primera aproximación a la norma jurídica propuesta es la siguiente:

PROYECTO DE LEY PARA LA REFORMA AL ARTÍCULO 95 DE LA LEY No 7317 LEY DE CONSERVACIÓN DE LA VIDA SILVESTRE

*Artículo 1. Se adiciona el inciso c) al artículo 95 de la Ley No 7317 para que en adelante se lea como sigue:*

*Artículo 95.-Quienes comercien, negocien, trafiquen o trasieguen animales silvestres, sus productos y derivados, sin el permiso respectivo del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, serán sancionados de la siguiente manera:*

*c) Con pena de multa de diez (10) a cuarenta (40) salarios base o pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, y el comiso del equipo respectivo, a aquellas personas que con cualquier fin promuevan o reciban algún beneficio patrimonial o no, al promover o realizar la toma de fotografías, videos o alimentación que impliquen contactos no autorizados o cualquier otro tipo de contacto con especies de vida silvestre, se cause o no la muerte o daño grave a la salud del espécimen.*

**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:**

1. Deben existir políticas de persecución administrativa orientadas a la penalización mínima de las conductas cuando es posible su prevención y control a través de mecanismos operativos y una aplicación efectiva de las medidas administrativas existentes como las advertencias administrativas que ya se encuentran previstas en la legislación actual.
2. Desde este punto de vista, no se considera coherente con los políticas de persecución penal actuales la creación de nuevos delitos en el tema de turismo ilegal como se plantea aquí pues su origen no se encuentra en la represión penal de los mismos sino en la falta de efectividad operativa. En este sentido, es recomendable se trabaje en estrategias interinstitucionales que permitan un abordaje conjunto de las problemáticas e impactos del turismo en ASP.
3. Existen conductas como la explotación de la vida silvestre para fines turísticos (selfies, etc) que si requiere penalización, por lo que se propone un tipo penal nuevo.

Atentamente,

Licda. Karen Quesada Fernández  
Jefa Asesoría Jurídica  
SINAC

MLA. Carolina Muñoz Solís  
Asesora Jurídica



SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS DE CONSERVACIÓN  
SECRETARÍA EJECUTIVA  
ASESORIA JURIDICA



Asesora Jurídica  
C/c Archivo