



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ANÁLISIS SOBRE EL MERECEIMIENTO Y NECESIDAD DE PENA EN LOS DELITOS AMBIENTALES: A PROPÓSITO DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Astrid López-Ruiz

Piura, junio de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

López, A. (2015). *Análisis sobre el merecimiento y necesidad de pena en los delitos ambientales: a propósito del delito de contaminación ambiental* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

ASTRID CAROLINA LÓPEZ RUIZ

**ANÁLISIS SOBRE EL MERECEIMIENTO Y NECESIDAD DE
PENA EN LOS DELITOS AMBIENTALES: A PROPÓSITO DEL
DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL**



**UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO**

Tesis para optar el Título de Abogado

2015

APROBACIÓN

Tesis titulada “*ANÁLISIS SOBRE EL MERECIMIENTO Y NECESIDAD DE PENA EN LOS DELITOS AMBIENTALES: A PROPÓSITO DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL*”, presentada por ASTRID CAROLINA LÓPEZ RUIZ en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora MERCEDES HERRERA GUERRERO.

Dra. Mercedes Herrera Guerrero.

DEDICATORIA

A Dios y a mi familia, por ser mi única fuente de amor y fortaleza;
y a Getulio, Mayra y Julissa, por su amistad sincera.

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento especial a mi asesora de tesis, Dra. Mercedes Herrera Guerrero, por compartir sus conocimientos académicos durante el tiempo que se desarrolló esta investigación. Y, además, por brindarme su apoyo para lograr la culminación del presente trabajo.

ÍNDICE

	Pág.
Abreviaturas	
Introducción	01
CAPÍTULO PRIMERO: HACIA UNA ESTRATEGIA POLÍTICO CRIMINAL AMBIENTAL	05
1. La política criminal como orientación de la función del Derecho penal	05
2. Política criminal ambiental en el Perú	10
3. Consideraciones político-criminales en cuanto la intervención del Derecho penal en la protección del ambiente	15
3.1 Vocación de <i>ultima ratio</i> y mínima intervención	15
3.2 Principio de Lesividad	20
3.3 Contaminante hormiga vs. Gran contaminador	21
4. Situación actual de la protección al ambiente	25
CAPÍTULO SEGUNDO: MERECEIMIENTO DE PENA EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	31
1. Consideraciones generales sobre el merecimiento de pena	31
2. El bien jurídico protegido en el delito de contaminación ambiental (art. 304° del CP)	35
2.1. Cuestiones principales sobre el ambiente como bien jurídico	35
2.1.1. Sobre el carácter colectivo del bien jurídico “ambiente”	35

2.1.2. Una definición penal de “ambiente”	38
2.2. Tesis sobre la finalidad de protección del “ambiente y sus componentes”	46
2.2.1. Tesis monista vs Tesis dualista	46
2.2.2. Tesis ecocentristas vs. Tesis antropocentristas	52
2.2.3. Toma de postura: protección penal del ambiente presente y futura	55
2.3. El bien jurídico penalmente protegido: la estabilidad ambiental	60
3. La fragmentariedad como principio de determinación de las conductas ambientales merecedoras de pena	65
3.1. Principio de Fragmentariedad	65
3.2. La fragmentariedad en el delito de contaminación ambiental (art. 304 CP)	67
3.2.1. Elementos objetivos	69
3.2.2. Elementos subjetivos	73
3.3. Toma de Postura	74
CAPÍTULO TERCERO: NECESIDAD DE PENA EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	79
1. Consideraciones generales	79
2. Protección administrativa ambiental: mecanismos de prevención, control y represión	81
2.1. Funciones preventivas	84
2.1.1. Mecanismos de prevención por parte del Estado	84
2.1.2. Mecanismos de prevención por parte de los administrados	88
2.1.2.1. Las auditorías ambientales o ecoauditorías	90

2.2. Funciones represivas: especial referencia a la potestad sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)	92
3. Toma de Postura: <i>¿Es suficiente la gestión ambiental de prevención, control y sanción para la protección del ambiente en el Perú? ¿Es necesaria la intervención penal ambiental?</i>	98
3.1. Mecanismos de prevención y control	98
3.2. ¿Y la facultad sancionadora en el Derecho administrativo ambiental peruano?	102
4. Protección penal ambiental	105
5. Toma de Postura	109
CONCLUSIONES	113
BIBLIOGRAFÍA	119

ABREVIATURAS

art.	artículo
Cfr.	Confróntese
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CPP	Constitución Política del Perú
DGM	Dirección General de Minería
DP	Derecho Penal
DPA	Derecho Penal Ambiental
ed.	Edición
Edit.	Editor (Editores)
ECA	Estándar de Calidad Ambiental
EFA	Entidades de Fiscalización Ambiental
EIA	Estudio de Impacto Ambiental

FEMA	Fiscalía Especializada en Materia Ambiental
LGA	Ley General del Ambiente
LMP	Límites Máximos Permisibles
MINAM	Ministerio del Ambiente
MINEM	Ministerio de Energía y Minas
MP	Ministerio Público
Nº	Número
OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
op. cit.	Obra citada
p.	página
pp.	páginas
ss.	siguientes
SINEFA	Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental
TC	Tribunal Constitucional
TFA	Tribunal de Fiscalización Ambiental
TS	Tribunal Supremo
Trad.	Traducción
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal clásico ha centrado su atención por mucho tiempo en la protección de los bienes jurídicos personalísimos, como son la vida, la integridad física, el patrimonio, entre otros. No obstante, en los últimos años, sobre todo en este siglo XXI, el desarrollo económico ha dado lugar a nuevos focos de riesgo, tales como el lavado de activos, la defraudación tributaria, la contaminación ambiental, etc.; situación que ha generado que la política criminal tome en consideración estos riesgos a fin de plantear propuestas de nuevos lineamientos que permitan solucionar eficazmente los conflictos de esta sociedad globalizada.

En este sentido, las actividades económicas como la minería (legal e ilegal), energía (hidrocarburos y electricidad), pesca, comercio, industria, construcción y transporte, si bien han generado efectos positivos en el sistema socio-económico, mediante la generación del valor agregado, divisas, impuestos, inversión y empleo¹, no es menos

¹ Conforme a las estadísticas, la minería en el Perú representa la actividad que genera más valor agregado a nivel regional y nacional, por ello es considerada como la principal fuente de ingreso en el país.

En: Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. Impacto Económico de la Minería en el Perú. Documento elaborado por MACROCONSULT.

Consultado: 29 de mayo de 2015.

Disponible en: <<http://www.cimu.org.uy/wp-content/uploads/18-Impacto-economico-de-actividad-minera-en-el-Peru-Junio-2012.pdf>>

cierto que han generado, sobre todo las empresas informales, grandes amenazas para la conservación del ambiente.

Por esta razón, la protección del ambiente es uno de los temas más importantes en estos tiempos, y es que conductas como derrames de mercurio al suelo, emisiones de gases tóxicos, descargas de sustancias tóxicas a los ríos, contaminación acústica, el ejercicio de la minería ilegal, hacen que la calidad y la salud ambiental de la colectividad se vea afectada; de ahí que lo que distingue la contaminación ambiental de las conductas castigadas tradicionalmente por el Derecho penal y lo que, en última instancia, más impulsa el interés por reducir sus riesgos, son las dimensiones espaciales y temporales de los daños que la misma causa. La contaminación puede, en efecto, causar daños catastróficos a gran distancia y a largo plazo, teniendo consecuencias mucho más graves que las provocan los delitos tradicionales.

Por ello, el Estado debe encargarse de diseñar una estrategia de tutela, articulando una serie de respuestas jurídicas, haciendo uso de todos aquellos medios de control social con que cuenta, para prevenir, controlar y sancionar aquellos comportamientos que puedan propiciar una afectación a dicho interés jurídico. No obstante ello, la aplicación del Derecho penal en el escenario ambiental ha sido muy cuestionada, toda vez que tiene una cierta referencia de ineficacia, pues los tipos penales se aplican poco o no se persiguen las agresiones graves al ambiente y/o a la salud de las personas, mientras que las conductas de bagatela dan lugar a reacciones penales excesivas, lo cual propicia que se considere su carácter netamente simbólico. Siendo así, en el presente trabajo se realiza un análisis político-criminal sobre el merecimiento y necesidad de pena en los delitos ambientales, haciendo una especial referencia al delito de contaminación ambiental regulado en el artículo 304° del Código Penal peruano, por tratarse del tipo penal base.

La estructura de esta investigación está dividida en tres capítulos: el primer capítulo tiene un carácter introductorio sobre la intervención del Derecho penal del ambiente en las conductas ambientales, partiendo del estudio de la política criminal ambiental, así como las dificultades que han presentado la actuación de los principios de mínima intervención, lesividad y *ultima ratio* en los ilícitos ambientales, culminando con la

exposición de las principales vías de protección ambiental, tales como las de naturaleza civil, constitucional, administrativa y penal.

En el segundo capítulo, se realiza el análisis sobre el merecimiento de pena en los ilícitos ambientales, teniendo en cuenta no solo la importancia del bien jurídico penalmente protegido (la estabilidad de los ecosistemas y su repercusión en la calidad y salud ambiental de las generaciones presentes y futuras) sino también la aplicación del principio de fragmentariedad para determinar la intervención del Derecho penal en las conductas ambientales más graves. Para ello, se tiene en cuenta los elementos objetivos y subjetivos del delito de contaminación ambiental (art. 304 del CP) y por último, se plantean algunos casos, a modo de ejemplos, en los cuales se pretende aplicar los criterios adoptados en dicho análisis al plano empírico, con la finalidad de que por un lado, el operador jurídico tenga en cuenta estos criterios al momento de adoptar una decisión, y por otro, el denunciado encuentre en los mismos una base para su defensa.

En el tercer capítulo se realiza el análisis sobre la necesidad de pena en los comportamientos ambientales, partiendo de la aplicación del principio de subsidiariedad, el cual considera que antes de la intervención penal deben agotarse todas las vías menos represivas como la civil o administrativa; por lo que, el Derecho penal podrá conservar su carácter de *ultima ratio*. Siendo ello así, en el presente trabajo se ha desarrollado el sistema administrativo por ser el primero en intervenir ante un ilícito ambiental, exponiendo no solo sus medidas de sanción sino también las medidas de prevención, las cuales deben ser adoptadas tanto por el Estado (a través de la normativa ambiental, autorizaciones, instrumentos de gestión ambiental) como por los particulares, en especial por el sector empresarial (mediante la ecogestión y ecoauditorias), pues ambos actores deben participar para lograr una gestión ambiental eficaz.

De esta manera, frente a este sistema de protección surge la cuestión de si el mecanismo de reacción penal es necesario para la tutela del ambiente y la salud y calidad ambiental. Esta interrogante encuentra su respuesta mediante el análisis de la eficiencia de los mecanismos de prevención, control y sanción del sistema administrativo ambiental. Así, el Derecho penal resulta un instrumento necesario para la protección de

este bien jurídico, sin embargo, los sistemas administrativo y penal la mayoría de veces se contraponen, dando lugar a una doble sanción, situación que las empresas vienen afrontando, lo cual hace más patente la necesidad de continuar investigando sobre las teorías cualitativas y cuantitativas, a fin de delimitar la intervención de estos mecanismos de reacción.

Conforme a lo expuesto, considero que el método que hay que emplear para la selección de aquellas conductas ambientales sobre las que debe recaer la intervención penal, debe basarse en la consideración de tres datos fundamentales: la delimitación del bien jurídico protegido, la utilización del principio general conectado con la naturaleza de nuestro régimen jurídico-político (en concreto, el principio de fragmentariedad de la intervención penal y, en general, el llamado “principio de intervención mínima”) y, como límite último, la estrategia político-criminal orientada a protegerlo (como derivación de los principios de necesidad y de eficacia como principios informadores del ejercicio de *ius puniendi*).

Finalmente, debo mencionar que este trabajo es el punto de partida para el estudio de los delitos ambientales, por lo tanto, los temas de accesoriedad administrativa, responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos ambientales, *non bis in idem*, son estudios que requieren de un análisis profundo diferente a este, los cuales, espero, puedan ser objeto de mis próximas investigaciones.

CAPÍTULO I

HACIA UNA ESTRATEGIA POLÍTICO-CRIMINAL AMBIENTAL

1. La política criminal como orientación de la función del Derecho penal

La cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las normas de convivencia social básicas y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad constituye el objetivo principal de la Política Criminal². Así, mediante esta se puede conocer qué decisiones adopta el Estado al momento de proteger a los individuos y a la sociedad cuando se comete una conducta ilícita. En tal sentido, la Política Criminal será “la obtención y realización de los criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal”³.

Asimismo, la denominación de “política criminal” es utilizada para designar la disciplina o el método de estudio de la reacción contra la criminalidad, tal como es, efectivamente practicada⁴. La función de esta disciplina es describir tanto la reacción social contra la delincuencia, como determinar los lineamientos que deben seguirse para lograr una

² Vid. ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 293.

³ Cfr. ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Editorial C.F. Müller (trad. Izquierdo Macías-Picavea), Madrid, 1979, p.4.

⁴ Vid. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Tercera edición. Editorial Grijley, Lima, 2005, p. 59.

mayor eficacia. La reacción social contra la delincuencia forma parte del control social, lo cual es una manifestación concreta de la política general del Estado, siendo uno de los aspectos de ésta la política de reacción criminal⁵.

La política criminal se encarga, entonces, de orientar al Derecho penal para poder cumplir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad⁶. De este modo, se conecta con las causas del delito, discute cómo debe redactarse los tipos penales, intenta determinar cómo se desarrolla los efectos de las sanciones aplicadas en Derecho penal y considera hasta qué límite debe actuar el Derecho penal, toda vez que su aplicación limita la libertad de los ciudadanos⁷. Por lo tanto, el Derecho penal no solo actuará como un instrumento de control sino que también tendrá como fin propio la realización de determinados valores, lo cual hace posible la convivencia pacífica en sociedad⁸.

En este sentido, la política criminal se encargará de valorar los medios utilizados para la prevención del delito desde un punto de vista de eficacia y de garantías fundamentales⁹. Esta afirmación, se traduce en que la política criminal cumple una doble función mediante el Derecho penal, pues por un lado, determina los lineamientos que deben seguirse para prevenir las conductas delictivas, erradicar la criminalidad (eficacia), y por otro, brinda los principios político-criminales (subsidiariedad, fragmentariedad, *ultima ratio*, etc.) como garantías respecto a la intervención del Derecho penal en la esfera de libertad ciudadana¹⁰.

⁵ Ibídem.

⁶ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. Olmedo Cardenete). Quinta Edición. Vol. I. Instituto Pacífico, Berlín, 1996, p. 33.

⁷ Ibídem.

⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. “Política Criminal en la Dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites”. En: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Editorial JM Bosch, Barcelona, 1997, p. 19.

⁹ Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Editorial Jurista Editores, Lima, 2012, p. 56.

¹⁰ Ibídem.

Al respecto, cabe mencionar que la actuación de la política criminal mediante el Derecho penal se refleja no sólo al momento de determinar las conductas socialmente nocivas sobre la base del análisis de merecimiento y necesidad de pena (por ejemplo, cuando se defiende una nueva ley en el parlamento sobre la penalidad del reglaje, o la previsión legal de una custodia de seguridad para delincuentes peligrosos), sino también la política criminal influye cuando un juez opta motivadamente por imponer una pena en lugar de otra o se decide sobre la concesión a un recluso de un régimen penitenciario u otro¹¹. De este modo, la política criminal puede tener lugar en el plano legislativo y en el plano judicial¹².

Asimismo, la política criminal determina la necesidad o no de la intervención penal para evitar las conductas delictivas que afecten los bienes jurídicos protegidos, como la vida, integridad corporal, el patrimonio; de ahí que se identifica con la función del Derecho penal en cuanto a los fines de la pena, toda vez que a través de la misma busca prevenir aquellas conductas que vulneren los bienes jurídicos protegidos¹³; y es que, mediante la protección de bienes jurídicos se permite una intervención racional del Derecho penal estatal, coincidiendo de esta manera con los intereses que protege la Constitución (derechos fundamentales). Así las cosas, el Derecho penal encuentra su finalidad última de mantenimiento del sistema social en la tutela de presupuestos imprescindibles para una existencia en común, los llamados bienes jurídicos¹⁴. Esto en términos de política criminal, garantiza que solo por

¹¹ Vid. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*. Editorial Marcial Pons. Colección de Derecho Penal y Criminología, Madrid, 2012, p. 34.

¹² Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*, op. cit. p. 57.

¹³ Vid. RUDOLPHI, Hans-Joachim. “El fin del Derecho penal del Estado y formas de imputación jurídico penal”. En: *El sistema modernos del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario*. Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pp. 82 y ss.

¹⁴ Vid. ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, (trad. Muñoz Conde). Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

la afectación de bienes jurídicos se castigue con pena los comportamientos que generan el mayor desorden social¹⁵.

Desde esta perspectiva, el bien jurídico debe significar la protección de los derechos personales y también de los derechos difusos de la sociedad, a fin de preservar estándares de calidad de vida y asegurar un correcto funcionamiento de las instituciones públicas¹⁶.

Con relación a la protección de los bienes jurídicos, la política criminal clásica ha dispuesto que los primeros intereses a tutelar sean aquellos pertenecientes a la persona, como la vida, salud e integridad corporal; por ello el Derecho penal nuclear se concibe como el Derecho penal de los bienes jurídicos altamente personales. No obstante, el desarrollo económico ha creado nuevos focos de riesgo que constituyen un peligro para los bienes jurídicos personalísimos, lo cual motiva a que la política criminal tome en consideración estos riesgos a fin de plantear propuestas de nuevos lineamientos que permitan solucionar eficazmente los conflictos de esta sociedad globalizada¹⁷.

La contaminación ambiental y la sobreexplotación de los recursos naturales son situaciones perjudiciales que obligan un cambio de rumbo político criminal toda vez que las personas no solo necesitan que se tutele su vida y salud con los tipos de homicidio y lesiones, sino también, que

¹⁵ Así, SÁNCHEZ-OSTIZ destaca que el bien jurídico-penal en cuanto ámbito protegido de libertad, dignidad y socialidad, es un concepto que opera en relación con el de pena, que es a su vez definido por la restricción de la libertad, socialidad y dignidad de manera justificada.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*, op. cit., p. 249.

¹⁶ Vid. SHUNEMANN, BERND. “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente”. En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 222.

¹⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial IBDEF, Buenos Aires, 2006; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Tercera edición. Jurista Editores, Lima, 2014, p. 89.

cuenten con un ambiente equilibrado y sostenido sistemáticamente¹⁸. De esta manera, el ambiente asume un rol importante preponderante en la denominada sociedad de riesgo¹⁹. Es tal la importancia que ha adquirido este bien jurídico, al punto de haberse construido en la dogmática actual un Derecho penal del ambiente. Y es que, mediante un ambiente equilibrado, se protegen las condiciones de vida, salud e integridad física de las personas; no solo de una persona sino de toda una colectividad, no solo de las generaciones presentes sino también de las generaciones futuras²⁰. Por ende, el Derecho penal también debe intervenir para prevenir la afectación de estos bienes jurídicos llamados colectivos, supraindividuales y/o universales²¹.

¹⁸ Vid. SHUNEMANN, BERND. “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente”, op cit., p. 204. Asimismo, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Decimocuarta edición. Tirant to Blanch, Valencia, 2002, p. 558; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. “La Política Criminal en la Sociedad de Riesgo”. En: *Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal*. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez. Editorial IDEMSA, Lima, 2007, p. 691.

¹⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit. p. 132. Sobre el concepto y la importancia de la sociedad de riesgo es muy significativo el trabajo de BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Suhrkamp. Frankfurt am Main, 1986. En castellano puede consultarse BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global* (trad. Alborés Rey). Editorial Siglo veintiuno de España S.A., 2002. En la doctrina nacional, se encuentra CARO CORIA, Dino. “*Sociedad de Riesgo*”, *Bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo*. Editorial Ara editores, Lima, 2005, p. 2.

²⁰ De acuerdo con ello, SHUNEMANN señala que “el Derecho penal tiene su lugar más indicado en la defensa de las bases de subsistencia, no sólo de la sociedad actual sino también de la sociedad futura”. Vid. SHUNEMANN, BERND. “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente”, op. cit., p. 222.

²¹ Vid. HEFENDEHL, Ronald. *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, (trad. Salazar Ortuño), RECPC 04-14, 2012, p. 3.

Así, el Derecho penal ambiental, buscará prevenir los atentados contra el ambiente por ser su protección jurídica de interés público. Para ello, deberá contar con una política criminal ambiental que le permita establecer los lineamientos de aquellas conductas que merezcan y necesiten la intervención penal para así proteger el ambiente, la vida y salud de las personas.

2. Política criminal ambiental en el Perú

En el apartado anterior, se estableció que la política criminal es uno de los ejes temáticos que constituyen el objeto del Derecho penal, pues a partir de ella se conoce cómo el Estado y la colectividad reaccionan organizadamente ante las acciones delictuosas que existen en la sociedad²². En este sentido, para poder hablar de una política criminal ambiental como nueva parcela de la política en general²³, se debe tener en cuenta la política ambiental toda vez que constituye uno de los instrumentos jurídico-ambientales más importantes para la protección del ambiente y el logro del desarrollo sostenible en el país²⁴; asimismo, uno de los instrumentos que utiliza la política ambiental, son las

²² Vid. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*, op. cit., p. 59; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La Contaminación ambiental como delito: aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2006, p. 32.

²³ La política criminal es una parcela de la política jurídica del Estado, la que a su vez es parte de la política general. Así, HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*, op. cit. p. 60; ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*, op. cit. p. 3.

²⁴ La Política Ambiental fue aprobada mediante el Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM y es considerada como un instrumento de cumplimiento obligatorio, que orienta las actividades públicas y privadas. Asimismo, esta política sirve de base para la formulación del Plan Nacional de Acción Ambiental, la Agenda Nacional de Acción Ambiental y otros instrumentos de gestión pública ambiental en el marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

consideraciones político-criminales²⁵. En el Perú, la Política Nacional Ambiental de más alta jerarquía se encuentra establecida por el Estado, tal como lo dispone el artículo 67° de la Constitución Política²⁶. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha puntualizado lo siguiente:

*(...) El artículo 67° de la Constitución establece la obligación perentoria del Estado de instituir la política nacional de ambiente. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional-entendida como el conjunto de directrices para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente-debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el artículo 2°, inciso 22), de la Constitución (...)*²⁷.

De acuerdo con ello, el Estado peruano es quien debe articular una eficaz política ambiental mediante la determinación de directrices orientadas a la prevención de las conductas que perjudiquen al ambiente, a fin de permitir que la vida de los ciudadanos peruanos y de las futuras generaciones se desenvuelva en condiciones ambientales aceptables; y así dar cumplimiento al derecho fundamental establecido en el inciso 22) del artículo 2° de nuestra Constitución.

En virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 8° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (LGA), la Política Ambiental Nacional es el conjunto de lineamientos, objetivos, estrategias, metas, programas e instrumentos de carácter público, que tiene como propósito

²⁵ Vid. LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?* Editorial Grijley, Lima, 2011, p. 62.

²⁶ Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 67°.- Política Ambiental

El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3510-2003-AA/TC. Fundamento jurídico 2, literal f).

definir y orientar el accionar de las entidades del gobierno nacional, regional y local, y del sector privado y de la sociedad civil, en materia ambiental.

En este orden de ideas, la política criminal y la política ambiental, se convierten en un binomio jurídico dando lugar a la política criminal ambiental, la cual estará a cargo del diseño formal y la ejecución material de estrategias, políticas y planes de acción, para prevenir, controlar, sancionar y mitigar los daños ambientales y sus derivados: daños a la salud y a la vida de las personas, conflictos sociales, malestar general, etc.²⁸.

En tal sentido, una política criminal ambiental eficaz requiere que la política criminal y la política ambiental trabajen en conjunto para mejorar espacios de coordinación, toda vez que ambos apuntan al mismo objetivo: la protección del ambiente y la salud de las personas. Asimismo, mediante este binomio se busca mejorar la legislación y estrategia penal ambiental permitiendo formular un planteamiento penalizador en material ambiental²⁹.

Ahora bien, a partir de esta definición, cabe cuestionarse si nuestro ordenamiento cuenta con una política criminal ambiental eficaz que permita la protección del ambiente, la vida y la salud de las personas. Considero que la respuesta es negativa pues los antecedentes sobre políticas ambientales en el Perú, se han caracterizado por ser en su mayoría represivas antes que preventivas³⁰. Asimismo, se ha intentado

²⁸ Vid. LAMADRID UBILLÚS. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit., pp. 50-74.

²⁹ *Ibídem*.

³⁰ Según CARO CORIA, la reforma penal ambiental de 2008 solo es aparentemente beneficiosa y es expresión del llamado Derecho penal simbólico. El aumento de penas y la aglomeración desordenada de conductas típicas, más una inadecuada técnica legislativa, no son garantía de una persecución penal más eficiente, sino una fuente de posibles arbitrariedades que, como bien nos enseña la historia judicial del Perú, tarde o temprano beneficia a los verdaderos autores de hechos graves con la impunidad. Vid. CARO CORIA, Dino. “¿Más penas para las empresas que contaminan?”. En: *Revista LAWYER*, 2009.

proteger al ambiente a través de la implementación de abundantes normas rigurosas, existiendo más de una autoridad ambiental competente para resolver la misma conducta ilícita, logrando únicamente que la protección sea más compleja y menos efectiva. Por otro lado, se han visto conductas ilícitas ambientales de gran envergadura que no han sido sancionadas por el Derecho penal y otras en las que no era necesario el inicio de una investigación penal por tratarse de conductas de poca monta. Y es que, la obligación constitucional del Estado de elaborar una política ambiental orientada a la protección del ambiente implica articular coherentemente los diversos mecanismos jurídicos, esto es, una adecuada coordinación entre los preceptos penales, administrativos, civiles, etc., de modo que puedan instrumentarse eficazmente³¹.

Una política criminal ambiental eficaz debe proteger, por un lado, el uso razonable de los recursos naturales a fin de garantizar un desarrollo sostenible a través de la protección, conservación y uso sostenible de los ecosistemas que componen el patrimonio natural y cultural del país, así como las especies de flora y fauna que son parte fundamental de ellos³². En este sentido, se prohíben las conductas como la tala indiscriminada, el tráfico ilegal de recursos forestales o de especies protegidas por la legislación, y todos los demás delitos contra los recursos naturales que recoge el Capítulo II del Título XIII del Código Penal peruano (art. 308° al art. 313°).

Consultado: 14 de enero de 2015.

Disponible en:

<<http://www.ccfirma.co.m/principal/publicaciones/publicaciones.php>>).

En términos de ZIPF, “[A]sí como es preferible poder prevenir una enfermedad en lugar de curarla, también es más ventajoso afrontar preventivamente la criminalidad en vez de punirla represivamente”.

Vid. ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*, op. cit., p. 158.

³¹ Vid. LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit. p. 62.

³² Vid. FELANDRO LLANOS, Isabel. *Entidades de Fiscalización Ambiental. Informe fundamentado en los delitos ambientales*. Primera edición. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), Lima, 2014, p. 7.

De otro lado, la política criminal ambiental debe buscar la conservación de un ambiente adecuado, el cual últimamente se ha visto afectado por el desarrollo de las actividades extractivas, productivas y de servicios sin medidas adecuadas de manejo ambiental, por una limitada ciudadanía ambiental y por otras acciones que se reflejan en la contaminación del agua, del aire y del suelo³³. De esta manera, se castigan las conductas relacionadas con la contaminación del ambiente, tales como la descarga de efluentes líquidos minero-metalúrgicos que exceden los Límites Máximos Permisibles (LMP), emisiones de gases tóxicos, vertimiento de sustancias tóxicas a los cuerpos receptores³⁴, la contaminación mediante la minería ilegal, entre otras; dichas conductas se encuentran reguladas por los artículos 304° al 307°-F establecidos en el Capítulo I del Título XIII del Código Penal.

Sobre este segundo ámbito de protección, debo mencionar que si bien es cierto la realización de actividades económicas sin un plan de manejo ambiental afectan con mayor frecuencia al ambiente y la salud de las personas, no es menos cierto que existen actividades ilegales que ocasionan daño real al ambiente y la salud de las personas, como es el caso de la contaminación por medio de la minería ilegal, actividad que ha originado evidentes consecuencias, no solo el agotamiento ilegal de los

³³ Es cierto que el crecimiento industrial obedece al desarrollo que experimenta la ciencia y la tecnología aplicada en todos los campos del quehacer humano, esto explica el crecimiento de las actividades económicas como la minería, la pesca, comercio, industria, construcción, transporte, agricultura y ganadería, actividades que si bien han generado efectos positivos en el sistema socio-económico, mediando la producción de riqueza, empleo y recaudación fiscal, han venido desencadenando ciertas amenazas para la conservación del ambiente.

Vid. ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Segunda Edición. Editorial Proterra, Lima, 2006, p. 37; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Estudios críticos de Derecho penal y política criminal, a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Editorial IDEAS, Lima, 2013.

³⁴ El cuerpo receptor se entiende como aquel componente (el aire, el agua y los suelos) que recibe los aportes de cargas contaminantes generados por la actividad económica y social. Por ejemplo, son considerados como cuerpos receptores, un río, una laguna, la atmósfera, una quebrada.

recursos naturales sino también la contaminación de aguas y suelo a grandes escalas. Por ello, en virtud de una política criminal moderna que tiene en cuenta el ambiente como centro de protección³⁵, considero que la situación actual demanda de un tratamiento jurídico diligente de la protección del ambiente en general, a efectos de que nuestra existencia en un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, sea posible en el planeta en las próximas décadas.

En este contexto, el presente trabajo centra su investigación en el delito de contaminación ambiental (art. 304º CP) a fin de dilucidar las principales problemáticas que presenta nuestra política criminal ambiental al momento de proteger el ambiente y la salud de las personas.

3. Consideraciones político-criminales en cuanto la intervención del Derecho penal en la protección del ambiente

Como hemos mencionado en el apartado anterior, la política criminal ambiental es esencial en la participación del Derecho penal ambiental, toda vez que si no se cuenta con un acertado plan de acción para prevenir, controlar y sancionar las conductas ambientales, se corre el riesgo de dejar vacíos de impunidad sobre una serie de conductas ilícitas que atentan contra el ambiente y la salud de las personas, o en todo caso, de castigar conductas que no son penalmente relevantes. En este apartado, se hará referencia a algunos de los problemas más frecuentes en la actuación del Derecho penal ambiental.

3.1. Vocación de *ultima ratio* y mínima intervención

El Derecho penal ha de intervenir en los casos estrictamente necesarios, cuando existan ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes y cuando otros mecanismos de control con que cuenta el Estado y la sociedad son insuficientes para prevenir determinadas

³⁵ Vid. SHUNEMANN, BERND. “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente”, op cit., p. 204.

conductas³⁶. De este modo, si la aplicación del *ius puniendi* es la *ultima ratio* por limitar la libertad de los ciudadanos, su intervención no se debe admitir, salvo en los casos en que ello sea imprescindible para cumplir los fines de protección social a través de la prevención de las conductas lesivas³⁷. Desde esta perspectiva, tanto la legitimidad como la eficacia de la intervención penal se encuentra en relación directa con el grado de desarrollo de los mecanismos de control extra-penales, de forma tal que si la prohibición criminal carece de un respaldo anterior en el Derecho administrativo o civil, estará condenada al fracaso pues el Derecho penal pretendería operar como *prima ratio*, lo que le llevaría a enfrentarse, aisladamente y sin el concurso de otros sistemas de control, a hábitos y conductas arraigadas socialmente porque previamente no han estado sometidas a ningún modo de intervención o límite³⁸.

Ciertamente, los principios de *ultima ratio* y mínima intervención exigen una evaluación político criminal de la opción punitiva para determinar su eficacia en la protección de bienes jurídicos especialmente conflictivos, como los colectivos³⁹. No obstante, en los últimos años se ha dado una expansión de protección del Derecho penal en tanto se intenta perseguir todo tipo de conducta ilícita⁴⁰. Esto se debe a la inseguridad que han generado las sociedades postindustriales, provocando que el Derecho penal con su carácter punitivo abarque todo

³⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*. Segunda Edición. Editorial IB de F Ltda, Montevideo, 2003, p. 59; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición. Tirant to Blanch, Valencia, 2002, p. 72.

³⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Editorial J.M. BOSCH Editor, Barcelona, 1992, p. 246.

³⁸ Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. “El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho Penal Económico”. En: *Reglas de Imputación Penal en la Actividad Minera y Petrolera*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2013, pp. 105-121.

³⁹ Vid. RODAS MONSALVE, Julio César. *Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano*. UNIV. Externado de Colombia. 2005.

⁴⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, passim.

tipo de ilícito y que su naturaleza de *ultima ratio* se convierta en *prima ratio*⁴¹.

A partir de ello, puede afirmarse que el problema reside en la falta de una política criminal que determine el ámbito de conductas nocivas que deben prevenirse y en todo caso sancionarse por medio del Derecho penal. Estos inconvenientes se complican aún más cuando se acude a otros sistemas de control como el administrativo o civil y no se encuentra respuesta alguna, dejando al Derecho penal como la única vía capaz de proteger el ambiente; lo que implica que este sea tratado como un instrumento simplemente utilitarista y de represión, que termina configurándolo como un mecanismo de control social formal de *prima ratio*⁴².

En el ámbito ambiental, nos damos cuenta que esto se ha convertido en un serio problema, pues el Derecho penal protege comportamientos ambientales sin tener en cuenta que la mayoría de veces, estos resultan ser banales, y no se requiere la intervención del sistema punitivo, los cuales se convierten en una carga procesal para los operadores jurídicos (jueces y fiscales), impidiendo que se concentren en los casos de gran relevancia jurídico-penal. Esta situación ha generado que un sector de la doctrina considere que los tipos penales ambientales deben ser eliminados del Código Penal y ser calificados como meros injustos administrativos, cuestionando la idoneidad del Derecho penal

⁴¹ En este sentido, CARNEVALI RODRÍGUEZ destaca que la particularidad de las sociedades postindustriales es el empleo especialmente intenso del instrumento punitivo. En este orden de ideas, se afirma que ya no es posible siquiera hablar de *ultima ratio* sino que el Derecho penal es *prima ratio*, es decir, se emplea el recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin examinar siquiera cuán eficiente y necesario pueda ser éste.

Vid. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. "Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 25, Editorial LEX NOVA, Madrid, 2008, pp. 30 y ss.

⁴² Vid. CARO CORIA, Dino. *El Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*. Gráfica Horizonte, Lima, 1999.

ambiental y a su gran alejamiento de los delitos contra la vida y la integridad física propiamente dichos⁴³.

Así, entre las posiciones más radicales se encuentran las planteadas por la Escuela de Frankfurt, en Alemania, la cual niega toda idoneidad del Derecho penal para intervenir en la protección del ambiente. MULLER-TUCKFELD, advierte una perversión de los fines del Derecho penal, afirmando que lo preocupante es que el Derecho penal del ambiente está funcionando para lanzar un mensaje a la sociedad en el que se banaliza el bien jurídico protegido, pues para este autor, los verdaderos bienes jurídicos no son los recursos ambientales y su protección, sino la exigencia de que estos recursos se contaminen de manera autorizada, de ahí que afirme que lo que el Derecho penal está protegiendo es la “contaminación autorizada”. La conclusión a la que llega este autor es que el Derecho penal del ambiente se convierte en un instrumento que impide desarrollar una política real y eficaz para la protección ambiental: “la previsión de los delitos penales “tranquiliza” las conciencias, pero no logra detener el deterioro ecológico”⁴⁴.

Por ello, la característica de *ultima ratio* en la actuación del Derecho penal ambiental se debería limitar a las conductas más graves (ya sea porque se configura un peligro concreto, o porque se lesiona efectivamente un bien jurídico), debido a que, en principio, la

⁴³ Esta idea se desarrolla en SHUNEMANN, BERND. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Universidad Externado de Colombia N° 7, 1998, p. 19.

⁴⁴ Cfr. MULLER-TUCKFELD, Jens. “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”. En: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.); Área Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. española), Granada, 2000, p. 507 y ss. Asimismo, PRITTWITZ explica que los riesgos para el ambiente son los mejores ejemplos para afirmar que el Derecho penal en la sociedad de riesgos no sirve, pues el 90% de los daños al ambiente son resultado de actividades legales, es decir, permitidas. Vid. PRITTWITZ, Cornelius. “La función del Derecho penal en la sociedad globalizada del riesgo: defensa de un rol necesariamente molesto”. En: *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 422-427.

intervención del Derecho administrativo ambiental es suficiente⁴⁵. Así, el ejercicio del poder punitivo más allá de estas circunstancias, carecería de fundamento⁴⁶.

Ahora bien, hemos visto que el Derecho penal en la protección del ambiente, al menos en nuestro país, tiene una participación totalitarista, en cuanto se intenta proteger todo ilícito ambiental, dejando de lado su naturaleza de *ultima ratio*, atendiendo casos que pueden ser controlados por otras vías, principalmente por la administrativa, mostrando así la deficiente política criminal ambiental de nuestro ordenamiento. De esta manera, nos damos cuenta que el Derecho penal debería actuar sobre los comportamientos de mayor relevancia jurídica, es decir, los más graves y cuando otros mecanismos de control, no hayan sido lo suficientemente eficaces para dar solución al conflicto⁴⁷.

El carácter de *ultima ratio* del Derecho penal se expresa concretamente en los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, los mismos que en materia ambiental deberían llevar al legislador a concluir

⁴⁵ Vid. HERRERA GUERRERO, Mercedes. “Derecho penal medioambiental y accesoriedad administrativa en la configuración de algunos delitos en el Código Penal español. Inconvenientes y propuestas de solución”. *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. N° 76, 2010, p. 50; TIEDEMANN, Klaus. *Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental*. Editorial Idemsa, Lima, 1999, p. 146.

⁴⁶ Vid. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. Editorial B de f, Buenos Aires, 2005, p. 109.

⁴⁷ Cabe aclarar que un sistema de control administrativo no puede sustituir la utilización del Derecho penal, sino complementarla, porque a veces se puede renunciar al control administrativo más fácilmente que al Derecho penal; y es que el Derecho penal puede desplegar este efecto de alto poder de destrucción, que representa su efecto preventivo y general de intimidación. Vid. SHUNEMANN, BERND. *¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de Derecho*. Universidad Externado de Colombia N° 38, 2007, pp. 53 y ss.

que: sólo las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos más importantes deben sancionarse penalmente⁴⁸.

3.2. Principio de Lesividad

El principio de lesividad es otro de los principios limitadores de la intervención punitiva del Estado que se ha visto involucrado en las dificultades de la política criminal ambiental. El mencionado principio exige que las conductas típicas tengan mínima capacidad ofensiva, esto es, que al menos pongan en peligro el bien jurídico protegido; solo si se advierte una real afectación o la puesta en peligro del bien jurídico, es válida la reacción del Derecho penal⁴⁹, tal como lo establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal⁵⁰.

Este principio se ha visto vulnerado en tanto se acude al Derecho penal para proteger conductas que no lesionan o ponen en peligro grave al bien jurídico protegido, que no son suficientes para la imposición de la pena, interviniendo la mayoría de veces para dar solución a casos que no merecen mayor intervención que el Derecho administrativo; por ello, es que se dice que los tipos penales se configuran en torno a simples potestades administrativas de control de la Administración, que llevaría a

⁴⁸ Vid. HEFENDEHL, Ronald. *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?*, op. cit., p. 5; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 136.

Asimismo, la idea se expresa en todo el Derecho penal, no obstante lo que se busca es que se entienda que en el ámbito penal ambiental, debería afirmarse aún más la fragmentariedad y subsidiariedad, para así evitar la actuación *prima ratio* del Derecho penal.

⁴⁹ Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley. Lima, 2006, p. 94.

⁵⁰ Decreto Legislativo N° 635, que aprueba el Código Penal peruano.

Principio de Lesividad

Artículo IV.- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

la indeseable confusión entre las sanciones penales y las administrativas de este campo⁵¹.

Siendo así, el Derecho administrativo debería fijar los límites del riesgo permitido teniendo a cargo principalmente la potestad de control, incluso hay quienes insinúan que los ilícitos de peligro abstracto deben estar dentro del fuero administrativo, ya que la protección de los bienes jurídicos colectivos, como el ambiente, deben protegerse eficazmente recurriendo a fórmulas acordes con el principio de lesividad, es decir, mediante tipos de peligro concreto y de lesión, lo que conduce a renunciar a toda manifestación de peligrosidad abstracta⁵².

3.3. Contaminante hormiga vs. Gran contaminador

El contaminante hormiga es aquél que si bien comete conductas ilícitas ambientales, estas son triviales o no alcanzan una relevancia jurídico penal que merezcan ser sancionadas con pena, o en todo caso no llegan a lesionar o poner en peligro grave el bien jurídico protegido⁵³. Por su parte, el gran contaminador, es quien lesiona y perjudica gravemente el ambiente, poniendo en riesgo la vida y salud de las personas, así como de las especies flora y fauna. En tal sentido, la persecución predominante del primero y el abandono del segundo, da lugar a un sistema un tanto injusto pues se centra en casos que no requiere de mayor investigación dejando de lado aquellos casos que sí merecen la intervención punitiva, como por ejemplo lo que sucede cuando se pretende que el Derecho penal castigue a aquel que realiza vertimientos de aguas residuales domésticas en una zona urbana antes que la empresa que realiza vertimientos de petróleo en un río.

⁵¹ Ibídem, p. 95; RODAS MONSALVE, Julio César. *Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano*, op. cit., p. 30.

⁵² Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho Penal Económico, op. cit., p. 118; RODAS MONSALVE, Julio César. *Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano*, op. cit., p. 31.

⁵³ Vid. FELANDRO LLANOS, Isabel. *Entidades de Fiscalización Ambiental. Informe fundamentado en los delitos ambientales*, op. cit., p. 10.

Por otro lado, se ha demostrado que en algunos casos el autor de los ilícitos ambientales es el mismo Estado, a través de los gobiernos regionales y locales (municipalidades), cuando incumplen sus competencias y funciones en materia ambiental, limitando la intervención punitiva⁵⁴. Asimismo, el *ius puniendi* se ha visto limitado frente a la contaminación que realizan los principales generadores de ingresos económicos en el país como las empresas extractivas (principalmente, las empresas mineras), que perjudican al ecosistema y ponen en riesgo la vida y la salud de la población, toda vez que el Estado en la mayoría de los casos protege más el “desarrollo económico” que un ambiente equilibrado y sano, dando lugar a una contaminación permitida o autorizada.

En el Perú han sucedido una serie de acontecimientos ambientales en los que no ha existido una intervención penal, dejando impune una serie de conductas que han generado daño grave al ambiente y a la salud de las personas; como es el caso del derrame de mercurio que sucedió el viernes 2 de junio de 2000 en la ciudad de Choropampa en el departamento de Cajamarca, donde un camión de transporte de la empresa Ransa, concesionaria de la Minera Yanacocha produjo un derrame de 151 Kg. de mercurio metálico; ante este suceso los pobladores (la mayoría niños y niñas) se acercaron al mineral recogiendo con sus manos (el cual tenía la apariencia de plata líquida), desconociendo los efectos tóxicos del mismo, resultando gravemente afectados por inhalar el vapor de mercurio. Hasta el año 2008, la población presentaba secuelas como temblor corporal, insomnio,

⁵⁴ Un ejemplo de este supuesto es lo que sucede con la alarmante contaminación realizada en la ciudad de Sullana producida por la explotación de los desagües, los mismos que desembocan en el río Chira, contaminándolo con miles de unidades de coliformes fecales. Asimismo, el río recibe también los desperdicios industriales de las empresas procesadoras de papa. Al respecto, la Municipalidad Provincial de Sullana no ha adoptado medidas preventivas ni de control sobre este hecho, continuando la afectación de la salud de las personas, pues perciben los olores nauseabundos y además están sujetos a las posibles enfermedades que puedan contraer por encontrarse inmersos en estos focos de infección.

irritabilidad del carácter, pérdida de memoria, fuertes dolores articulares, sarpullido intermitente, hemorragia nasal, desmayos intempestivos, aparición de casos de ceguera e intenso dolores renales; hoy incluso los niños que nacieron después del accidente padecen los efectos de dicha contaminación. En este caso, la empresa no fue denunciada penalmente, solo existió la intervención del Ministerio del Ambiente, la cual fue ineficiente por la falta de experiencia en estos temas, y por su parte, la Corte Suprema en su primer Pleno Jurisdiccional Civil, desnaturalizando la figura jurídica de la transacción extrajudicial, consideró a esta como una nueva excepción procesal, considerando que el mísero acuerdo entre Yanacocha y las víctimas, era suficiente para compensar el daño causado a la salud de las personas.

Asimismo, en la ciudad de La Oroya, departamento de Junín se encuentra el Complejo Metalúrgico de La Oroya a cargo de la empresa Doe Run Perú S.A., donde la fundición de La Oroya (chimenea) emite a la atmósfera toneladas por día de gases y polvos tóxicos producidos por la combustión de Plomo, Cadmio, Arsénico y Antimonio. Así, el Instituto Blacksmith publicó el ránking anual de las ciudades menos recomendables para vivir en el mundo, en la cual La Oroya ha sido catalogada como la quinta ciudad menos recomendable para vivir en el planeta, siendo una ciudad con mayor polución en el mundo, donde la población más vulnerable son los niños de 6 meses a 12 años, quienes muestran niveles altos de plomo en la sangre⁵⁵. La Organización Mundial de Salud (OMS) considera que el valor tope de plomo contenido en la sangre es de 10 ug/dl, los niños de La Oroya tienen hasta 45 ug/dl en la sangre, según el Ministerio de Salud⁵⁶. Al respecto, Doe Run Perú S.A. ha continuado explotando minerales, superando los límites máximos

⁵⁵ “La Oroya es la quinta ciudad más contaminada del planeta” [en línea], *El Comercio*, 22 de noviembre de 2013.

Consultado: 17 de diciembre de 2014

Disponible en: <<http://elcomercio.pe/peru/lima/oroya-quinta-ciudad-mas-contaminada-planeta-noticia-1624283>>.

⁵⁶ “Caso La Oroya” [en línea], *Cuarto Poder*, 13 de abril de 2009.

Consultado: 17 de diciembre de 2014

Disponible en:

<<https://www.youtube.com/watch?v=LRWuAHqU7DQ-reportaje>>

permisibles, contaminando la atmosfera y afectando la salud de los pobladores, sin ninguna responsabilidad penal.

Actualmente, los grandes acontecimientos de contaminación y excesiva explotación de recursos naturales está a cargo de la minería ilegal, que se realiza sobre todo en los departamentos de Madre de Dios, Piura, Áncash, Puno y Cuzco, donde se ha verificado impactos ambientales significativos, considerando no solo las grandes cantidades de minerales que se extraen de manera ilegal, sino también las condiciones en las que esto se realiza, pues se utilizan explosivos para la extracción de los recursos (contaminación auditiva), metales como el Mercurio, Plomo y Arsénico para la explotación aurífera. En Madre de Dios se ha detectado que los principales ríos se encuentran altamente contaminados con mercurio, lo que afecta a las diversas especies de peces que existen en los mismos y finalmente a la población que los consume, perjudicando principalmente la salud de los niños y las mujeres en edad fértil, es decir, a las generaciones futuras⁵⁷.

Ante estos hechos, la reacción del Estado ha sido implementar una Comisión para la Interdicción y Formalización de la Minería⁵⁸. Así, el 13 de mayo de 2014 se realizó una interdicción contra la minería ilegal en la ciudad de San Gabán, departamento de Puno frontera con Madre de Dios, donde intervinieron más de 200 policías y 10 representantes del Ministerio Público destruyendo una serie de maquinarias utilizadas en

⁵⁷ Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana-IIAP y Ministerio del Ambiente. “Minería Aurífera en Madre de Dios y contaminación con Mercurio. Una bomba de tiempo”, Lima, 2011.

Consultado: 19 de enero de 2015

Disponible en:

<<http://cdam.minam.gob.pe/novedades/mineriamadrededios.pdf>>

⁵⁸ Mediante el Decreto Supremo N° 003-2014-PCM del 10 de enero de 2014, la Presidencia de Consejo de Ministros aprobó la Estrategia Nacional para la Interdicción de la Minería Ilegal con el objetivo de erradicar los principales enclaves de la minería ilegal y reducir significativamente los delitos conexos a esa actividad, entre ellas, la trata de personas, evasión tributaria, daño ecológico y otros, en todo el territorio nacional.

esta actividad. De esta manera, se está intentando mitigar los efectos negativos de la minería ilegal, no obstante, considero que no basta con la destrucción de maquinarias de quienes desarrollan este tipo de actividades sino que aún falta que el Estado implemente principalmente mecanismos de prevención y restauración, y en un segundo plano, las medidas represivas ante este tipo de conductas ilícitas.

Al respecto, cabe apuntar que la realidad demuestra que solo anecdóticos y banales casos de pequeña contaminación casi doméstica son los que encuentran respuesta penal, mientras que la gran contaminación, los grandes desastres ecológicos son permitidos por la sociedad, y “autorizados” por la administración⁵⁹. De esta manera, dejar de lado a los grandes infractores acarrea que el sistema penal conforme está actualmente concebido, continúe vulnerando a los ciudadanos marginales imponiéndoles el peso de la ley penal, pues los sujetos que finalmente son condenados a penas pecuniarias o privativas de libertad son aquellos que pertenecen a un nivel social bajo y que cuentan con un escaso poder de decisión. Con esto no quiero decir que los contaminadores hormiga no deben ser sancionados, sino que ellos deben ser castigados pero no por medio del Derecho penal sino más bien por otros mecanismos de control menos lesivos, y así, el Derecho Penal se encargue de no dejar impune situaciones como las antes expuestas, toda vez que en todos estos casos se pone en peligro grave la vida y salud de las personas, sin mencionar todo el daño que generan al ambiente y sus componentes.

4. Situación actual de la protección al ambiente

Proteger el ambiente y la salud de las personas es una obligación ambiental que exige a la sociedad y al Estado adoptar medidas de prevención y control respecto a las actividades que realiza el hombre. Este comportamiento debe reflejarse desde la educación ambiental de los ciudadanos, los movimientos ecologistas impulsados por diferentes

⁵⁹ Vid. MULLER-TUCKFELD, Jens. “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, op. cit. p. 518.

asociaciones, hasta las políticas de los gobiernos⁶⁰. En el Perú, los medios de acceso a la justicia ambiental⁶¹ que se habilitan para la protección del ambiente se dan principalmente en cuatro sentidos: Constitucional, Civil, Administrativo y Penal.

Desde la perspectiva constitucional, el fundamento del acceso a la justicia ambiental está sustentado por el derecho fundamental de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y las disposiciones relativas al rol del Estado en la protección del ambiente y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales⁶². Entre las vías idóneas para su tutela tenemos el proceso de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley que vulneren tal derecho y el proceso de amparo⁶³.

⁶⁰ Vid. ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*, op. cit., p. 389.

⁶¹ Se entiende que el acceso a la justicia ambiental constituye el derecho a obtener de parte del Estado una solución a los conflictos jurídicos de carácter ambiental, o la protección de derechos vinculados con el ambiente, lo cual supone dos aspectos; (i) que todos los ciudadanos se encuentren en igualdad de condiciones para acceder a la justicia ambiental para la solución de conflictos ambientales, y luego (ii) que, como bien jurídico digno de tutela, el ambiente deba ser protegido directamente por el Estado, a través de la actuación de sus órganos administrativos y jurisdiccionales. En: TARAZONA TRIVEÑO, Hilda y José María, MARÍÑO TUPIA. “El Tribunal de Fiscalización Ambiental: Promotor de las garantías en la justicia ambiental”. En: *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Editorial Rhodas, Lima, 2013, p. 294.

⁶² Constitución Política del Perú.

Artículo 66°. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. (...) Artículo 67°. El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

⁶³ El Tribunal Constitucional ya ha consolidado importantes criterios sobre el bien jurídico “ambiente”, tales como su dimensión (Expediente N° 0018-2001-PI/TC, fundamento jurídico 9), contenido (Expediente N° 0048-2004-

En el ámbito civil, el derecho de acción puede iniciarse para la defensa de intereses particulares, colectivos y difusos, cobrando importancia aquellas acciones dirigidas a tutelar los intereses difusos, dado que en ese rubro se encuentra el ambiente⁶⁴. La legitimidad para ejercer la defensa de intereses difusos es regulada por el artículo 82° del Código Procesal Civil, cuyo ejercicio pueden promover el Ministerio Público, las instituciones autorizadas por ley, los organismos no gubernamentales que defienden el ambiente siempre que el juez así lo considere, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y las comunidades campesinas y nativas.

Por su parte, el acceso a la justicia ambiental desde el ámbito administrativo, está conformada por aquellos mandatos dirigidos por la Administración Pública para la realización de actos encaminados a prevenir y controlar el deterioro ambiental, y además fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones ambientales recogidas en la legislación y en los instrumentos de gestión ambiental a fin de resguardar el desarrollo sostenible de los recursos naturales y el mantenimiento de un ambiente saludable. Actualmente, dichas funciones se encuentran a cargo principalmente del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). De este modo, la Administración intenta garantizar el cumplimiento de la Política Nacional del Ambiente.

Dentro de este ámbito, tenemos la Gestión Ambiental⁶⁵, compuesta por la política ambiental, legislación ambiental y la administración

PI/TC, fundamento jurídico 17), obligaciones del Estado (Expediente N° 004-2010-PI/TC, fundamento jurídico 15), entre otros.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0018-2001-AI/TC. Fundamento jurídico 6.

⁶⁵ Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

Artículo 13°.- Gestión Ambiental

Es el proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad

ambiental. Los instrumentos de gestión ambiental están orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la LGA y lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias; entre los cuales destaca los Estándares de Calidad Ambiental (ECA), los Límites Máximos Permisibles (LMP), planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación, etc. Ello, con el fin de prevenir y controlar las conductas ambientales.

Por último, la protección penal del ambiente se encuentra establecida en el Título XII del Libro Segundo del Código Penal, el cual tipifica los denominados delitos ambientales. La característica central de estos delitos es que para determinar su configuración resulta necesario remitirse a normas de carácter administrativo que permitan “complementar” la descripción de cada tipo. En esa medida, parte central de la imputación del hecho delictivo es la elaboración de un informe técnico fundamento emitido por parte de la autoridad ambiental competente, conforme a lo establecido en el numeral 1 del artículo 149° de la LGA y su Reglamento.

Actualmente, la defensa penal del ambiente se encuentra a cargo de la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales, que asume la defensa jurídica del Estado en todos los procesos o procedimientos por la comisión de delitos ambientales, de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental a nivel nacional y de los dos Juzgados de la Investigación Preparatoria especializados en delitos ambientales, en los Distritos Judiciales de Piura y Cusco⁶⁶.

de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país.

⁶⁶ Mediante la Resolución Administrativa N° 123-2014-CE-PJ publicada en el diario El Peruano el 5 de junio de 2014, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial estableció la implementación de los Juzgados de la Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Ambientales, con sede en las ciudades de Cusco y Piura.

Expuestos los mecanismos de protección, pareciera que el administrativo es el que cuenta con los instrumentos necesarios para cumplir la obligación de proteger el ambiente y la salud de las personas. Sin embargo, a lo largo del tiempo se ha visto al Derecho penal como un medio adecuado para la protección del ambiente, ya sea por la importancia del bien jurídico (ambiente y salud de las personas) y la necesidad de su protección debido a la alta precariedad que este bien ha alcanzado; y porque se ha apuntado a la insuficiencia de otros mecanismos de prevención y control, diversos a la vía penal⁶⁷. En este contexto, la política criminal, determinará qué clase de conductas socialmente nocivas deben prevenirse y sancionarse de ser el caso por medio del Derecho Penal sobre la base de los criterios de merecimiento y necesidad de pena.

Así, para que una conducta sea merecedora de pena debe lesionar o poner en peligro grave bienes jurídicos protegidos por la norma penal; entendiendo que la pena sólo está justificada cuando es un medio apropiado, proporcionado e indispensable para impedir, de forma preventivo-general y preventivo-especial, infracciones de normas de conducta jurídico-penales⁶⁸. Y en todo caso, si la conducta es merecedora de pena, se deberá analizar si hay necesidad de imponer pena ante dicho ilícito ambiental.

⁶⁷ Vid. LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit. p. 69.

⁶⁸ Vid. RUDOLPHI, Hans-Joachim, *El fin del derecho...* op cit., p. 86: Asimismo, explica que la imposición de la pena se limita a aquellos casos en los que el interés en una protección preventiva de bienes jurídicos no resulta compensado por otros intereses legítimos preponderantes.

CAPÍTULO II

MERECEIMIENTO DE PENA EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL (art. 304° CP)

1. Consideraciones generales sobre el merecimiento de pena

Como se mencionó en el capítulo precedente, la intervención del Derecho penal ambiental en las conductas ilícitas ambientales tiene una cierta referencia de ineficacia, pues los tipos penales se aplican poco o no se persiguen las agresiones graves al ambiente y/o a la salud de las personas, mientras que las conductas de bagatela dan lugar a reacciones penales excesivas, lo cual propicia que se considere su carácter netamente simbólico⁶⁹. De este modo, se recurre al sistema penal sin

⁶⁹ Vid. ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *El delito de contaminación ambiental (art. 325°.1 del Código Penal)*. Editorial Comares, Granada, 2004, p. 7. Sobre el carácter simbólico del Derecho penal ambiental, véase: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*; MULLER-TUCKFELD, Jens. “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, *passim*; HASSEMER, Winfried. “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”. En: *Pena y Estado*. Editorial Conosur, 1995, pp. 23-36. Entre los autores nacionales, destaca CARO CORIA, Dino. *El Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*; LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*.

antes comprobar si se presenta una necesidad preventiva de punición, o sin verificar si existen otros mecanismos de reacción jurídica (necesidad de pena), o sin valorar la importancia del bien jurídico que se pretende proteger, pues este ha de ser una entidad tal que resulte fundamental para el desarrollo y la participación de los sujetos en la sociedad (merecimiento de pena)⁷⁰. Conforme a ello, MIR PUIG, ha precisado que “para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico penal (también en sentido político criminal), cabe exigir en él dos condiciones: suficientes importancia penal y necesidad de protección por el Derecho penal”⁷¹.

Con relación a lo antes mencionado, un comportamiento debe considerarse como delictivo cuando se constaten dos factores importantes. Primero, que se trate de un bien jurídico fundamental, el cual debe ser indispensable para el desarrollo de la persona y la convivencia social; y, segundo, la gravedad de las diversas formas de ataque a dicho bien jurídico, debido a que la conducta que lo afecte debe poseer una intolerable gravedad social⁷². Así, la concreción del bien jurídico protegido debe atender a las consideraciones de merecimiento de pena cuyo juicio, según se ha adelantado, deriva de la importancia del

⁷⁰ Vid. OSSANDÓN WIDOW, María. “Eficiencia del Derecho Penal. El caso de los delitos contra el medio ambiente”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, XXIV, 2003, pp. 379-394.

⁷¹ Cfr. MIR PUIG, Santiago. “Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del *ius puniendi*”. En: *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 209. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, op. cit. p. 277.

⁷² Vid. CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Primera Edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 224. En el mismo sentido, CARO CORIA, Dino. “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs”. En: *Revista Themis*, N° 35. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997, p. 165; LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit. p. 85.

bien y de la gravedad intrínseca de los ataques del mismo⁷³. El criterio de merecimiento de pena, entonces, se encuentra relacionado a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pues la conducta ilícita que ocasiona dicha lesión o puesta en peligro debe merecer una respuesta penal, lo que solamente podrá tener lugar si el hecho cuenta con una especial lesividad social; para ello, la lesividad debe presentarse cuando se afecta un bien jurídico que precisa de una protección penal⁷⁴.

Respecto a la importancia del bien jurídico, desde un punto de vista constitucional, no cabe duda, que el reconocimiento del “ambiente” en nuestra Constitución Política es un criterio relevante para decidir si nos encontramos ante un interés fundamental para la vida social que exija protección penal, en la medida que pone de relieve que una intervención tan intensa-como la penal- sobre el individuo solo puede justificarse en caso de afectación de un elemento esencial de la vida en común, al que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución⁷⁵.

No obstante lo antes apuntado, el reconocimiento constitucional de un derecho o bien, no basta para determinar la intervención penal, por lo que, una vez establecido el grado de importancia constitucional del bien jurídico, es necesario concretar aún más las características de estos objetos penalmente protegibles, para lo cual será preciso tener en cuenta los criterios y principios político criminales que motivan el ejercicio del *ius puniendi*. En este caso, mediante el criterio de merecimiento de pena se establecerá la importancia del bien jurídico en el delito de contaminación ambiental y la gravedad de las formas de ataque al mismo. Por otro lado, el criterio de necesidad de pena, del cual hablaremos en el siguiente capítulo, ayuda a determinar si los

⁷³ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, op. cit. pp. 275-277.

⁷⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*, op. cit., p. 252.

⁷⁵ Vid. MIR PUIG, Santiago. “Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del *ius puniendi*”, op. cit. p. 210; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, op. cit. p. 274.

mecanismos extrapenales son insuficientes para la protección de este bien jurídico o si basta con la intervención administrativa o la civil⁷⁶.

En este sentido, la importancia social del bien merecedor de protección penal debe relacionarse con la gravedad de la conducta, toda vez que la imposición de una sanción tan grave como la pena, requiere el presupuesto de una conducta igualmente grave⁷⁷. Desde este punto de vista, para analizar si las conductas que lesionan al ambiente son merecedoras de pena, debe previamente precisarse el bien jurídico penalmente tutelado, ya que un fundamento político criminal importante para castigar ilícitos ambientales en el ámbito penal, se encuentra en la delimitación clara del bien jurídico que se intenta proteger⁷⁸.

Sobre las bases de estas consideraciones, el punto clave de discusión se ubicará en las siguientes cuestiones: (i) delimitar el bien jurídico dispuesto en el artículo 304° del CP, y (ii) determinar qué formas de ataque contra dicho bien merecen la imposición de una pena.

⁷⁶ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”. En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Libro homenaje a Claus Roxin. Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 116.

⁷⁷ Vid. MIR PUIG, Santiago. “Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del *ius puniendi*”, op. cit. p. 209.

⁷⁸ Vid. LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit. p. 78.

2. El bien jurídico tutelado en el delito de contaminación ambiental (art. 304° del CP)

2.1. Cuestiones principales sobre el ambiente como bien jurídico

2.1.1. Sobre el carácter colectivo del bien jurídico “ambiente”

Una de las características del Derecho penal contemporáneo es su atención en los bienes jurídicos colectivos, resultado no de una visión “panpenalista” de control social por parte del legislador, sino por el desarrollo económico y avances tecnológicos que han hecho emerger nuevas entidades merecedoras y necesitadas de pena; entre estas entidades se encuentra el bien jurídico “ambiente”⁷⁹. En este escenario, la tutela penal del ambiente se ha caracterizado por los siguientes rasgos: a) por ser el resultado de una dirección actual de política criminal de tendencias criminalizadoras, b) por formar parte de la actual inclinación del legislador a proteger bienes jurídicos supraindividuales, y c) por construirse mediante la técnica de las llamadas “leyes penales en blanco”⁸⁰.

Con relación a los bienes jurídicos supraindividuales, el ambiente se presenta como uno de los más claros ejemplos de los denominados intereses difusos, debido a una constante interferencia entre el aspecto individual y el aspecto colectivo –sin ser contrapuestos sino más bien complementarios– en el sentido de que el interés de un individuo es difuso en la colectividad y compartido por diversos sujetos⁸¹. Asimismo, cuando un interés difuso es reconocido por el ordenamiento, aquel se

⁷⁹ Vid. MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio. “Derecho Penal “Mínimo” y nuevas formas de criminalidad”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Segunda época, núm. 9, 2002, pp. 151-160.

⁸⁰ Vid. SESSANO GOENAGA, Javier. “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico”. *RECPC* 04-11, 2002, pp. 2 y 3.

⁸¹ Vid. RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*. Editorial Colex, Madrid, 1992, pp. 35-39.

convierte en un interés colectivo⁸². De este modo, el ambiente ha superado las fronteras de los intereses difusos para convertirse en un interés colectivo, toda vez que el ordenamiento peruano ha reconocido mediante el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política, la existencia de un derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, lo cual hace que se considere como un interés general de la colectividad.

Al respecto, resulta necesario ordenar el bien jurídico “ambiente” dentro del sistema jurídico. REGIS PRADO clasifica los bienes jurídico-penales en dos grupos: a) en el primer grupo están los bienes jurídicos individuales, dentro de los cuales se encuentran los bienes jurídicos *personalísimos* como la vida, integridad física, libertad de movimiento, libertad sexual, honor, y los bienes jurídicos *personales* como el patrimonio; y b) en el segundo grupo se encuentran los bienes jurídico-penales supraindividuales, entre los cuales se distinguen, básicamente, los bienes jurídico-penales *institucionales* que son aquellos en los que la protección de los intereses supraindividuales aparece mediatizada por una persona jurídico-pública, tal sería el caso de los delitos contra la administración de justicia, fe pública, garantías constitucionales, etc.; y los bienes jurídico-penales *colectivos*, estos son, aquellos que afectan, o podrían afectar a una generalidad de personas individuales, sin mediación de un ente institucional que opere como aglutinador de la protección penal, entre otros: salud pública, ambiente, etc.⁸³.

Sobre los bienes jurídicos colectivos⁸⁴, cabe mencionar que nadie puede ser excluido de su uso, toda vez que el uso y disfrute de ese bien

⁸² Ibídem, p. 39.

⁸³ Vid. REGIS PRADO, Luiz. *Bien jurídico-penal y Constitución* (trad. Álvarez Aranda). Editorial Ara Editores, Lima, 2003, p. 98.

⁸⁴ Sobre la definición de los bienes jurídicos colectivos, consultar además TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte especial con importantes textos legales y reglamentos*. Editorial Grijley, Lima, 2012; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; GRACIA MARTÍN, Luis [et al.]. *Derecho penal económico y de la empresa*. Editorial IDEMSA, Lima, 2013.

por un individuo no perjudica ni impide el de otro individuo. De esta manera, una propuesta, por parte del profesor HEFENDEHL, para delimitar entre bienes jurídicos colectivos e individuales es utilizar el concepto adicional de “no distributividad”, mediante el cual podrá decirse que “un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir en partes y asignar una porción de éste a un individuo”⁸⁵.

Siendo así, el bien jurídico “ambiente” cumple con las características de un bien jurídico colectivo, toda vez que no pertenece a un solo individuo sino a toda la colectividad, en el sentido que es un bien cuyo titular son todos y cada una de las personas. Todo ello, no quiere decir que dicho bien es una categoría que se encuentre por encima o más allá del individuo, sino que está en función de todos los miembros de la colectividad, por lo mismo que son complementarios de los bienes jurídicos individuales⁸⁶; por esta razón, BUSTOS RAMÍREZ considera los bienes jurídicos individuales y colectivos como bienes de primer nivel⁸⁷. Sin embargo, estas consideraciones han generado una serie de dudas sobre la autonomía de este bien jurídico respecto a los bienes jurídicos individuales, dando lugar a diversas teorías, las cuales serán desarrolladas con mayor detalle en los próximos apartados.

⁸⁵ Cfr. HEFENDEHL, Ronald. “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, op. cit., p. 4.

⁸⁶ CARO CORIA, Dino. “Sociedad de Riesgo”, Bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo”, op. cit., p. 7.

⁸⁷ En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ considera necesario la ordenación de los delitos en vista de los bienes jurídicos, por ello, propone la siguiente clasificación: primer nivel, bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos colectivos y los delitos contra el orden económico; segundo nivel, bienes jurídicos institucionales, y tercer nivel, bienes jurídicos de control como es el caso de la seguridad interior y exterior del Estado.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Editorial Ariel, Barcelona, 1986, p. 6. Asimismo, LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit. pp. 87 y 88.

2.1.2. Una definición penal de “ambiente”

Una vez establecido que el bien jurídico penal “ambiente” es un bien colectivo reconocido por nuestro ordenamiento, resulta oportuno adoptar un concepto de “ambiente” en el ámbito penal, que siga los criterios de merecimiento y necesidad de pena⁸⁸, toda vez que fijar un concepto de ambiente, ayudará a delimitar el bien jurídico penalmente protegido y verificar qué conductas contra dicho bien merecen ser sancionadas con pena, así como determinará si es necesario la intervención penal u otros mecanismos de control.

No obstante, previamente, resulta oportuno hacer mención a la criticada expresión redundante “medio ambiente”, la misma que fue introducida en la Conferencia Mundial de Estocolmo de 1972 y que es reconocida por la Real Academia Española⁸⁹. En el Derecho penal ambiental gran parte de la doctrina utiliza de manera indistinta la expresión “ambiente” o “medio ambiente”; sin embargo, desde mi punto de vista, al igual que otros autores, considero que si bien ambos términos son similares, es más propio hablar de “ambiente”, pues en palabras de MARTÍN MATEO, utilizar de manera acumulativa los términos “medio” y “ambiente” resulta un retraso lingüístico en relación con otros idiomas en los que se ha establecido con más eficacia y de los cuales se ha importado al español⁹⁰.

Con relación a la definición de ambiente, la doctrina es mayoritaria al identificar tres concepciones⁹¹: amplia, restringida e intermedia. La

⁸⁸ Vid. LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit. p. 95.

⁸⁹ Conforme a la Real Academia Española, medio ambiente significa:

1. m. medio (l conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona).

2. m. *Biol.* medio (l conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo).

Disponible en: <<http://lema.rae.es/drae/?val=medio+ambiente>>

⁹⁰ Vid. MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Volumen I. Editorial Trivium, Madrid, 2011, p. 81.

⁹¹ Sobre las posiciones doctrinales de ambiente, véase BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “La instrumentación técnico-legislativa de la

concepción amplia establece que “ambiente” es todo aquello que rodea al hombre, lo que le puede influenciar y puede ser influenciado por él. Así, dentro de esta definición se reconocería como ambiente el agua, el suelo, el aire, la flora y la fauna, interrelacionados entre sí (ambiente natural); los edificios, fábricas, vías de comunicación (ambiente artificial o construido por el hombre); y los sistemas políticos, sociales, económicos y culturales (ambiente social).

Al respecto, la Constitución Política de 1993⁹² protege, por un lado, el derecho fundamental de toda persona a un “ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida” (numeral 2.22 del artículo 2°)⁹³, y

protección del medio ambiente”. En: *Estudios penales y criminológicos* N° V, Madrid, 1982, pp. 199 y 200; RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*, op. cit., pp. 32-35; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. “Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental”. En: *Revista Penal*, 1999. Madrid, pp. 30-32.

Disponible en

<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/63/58>>.

En doctrina nacional tenemos a CARO CORIA, Dino. *El Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*, op. cit., pp. 72-84; LAMADRID UBILLÚS. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit., pp. 95-98; CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. “El delito de contaminación ambiental (artículo 304 del Código Penal)”. *Revista Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica*. Tomo 55, Lima, 2014, pp. 145-146.

⁹² La Constitución Política de 1979 consagró por primera vez una norma sobre el ambiente en su artículo 123°; la diferencia con la actual Constitución es que no se encontraba regulado como un derecho fundamental de la persona, vinculándolo dentro de derechos económicos.

⁹³ Constitución Política del Perú

Título I: De La Persona y De La Sociedad

Capítulo I: Derechos Fundamentales de la Persona

Artículo 2°: Toda persona tiene derecho:

(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

por otro, el patrimonio histórico, artístico y cultural (art. 21°), la ordenación territorial urbano y rural (art. 195.2), el matrimonio, la protección familiar y la educación (art. 4°, 5° 13°, 20°); este último grupo se encuentran regulados en títulos y capítulos distintos a los derechos fundamentales, lo cual se traduce en que la Constitución cuando hace referencia a un “ambiente equilibrado” no equipara al “ambiente” con las construcciones urbanísticas (ambiente artificial) o con los sistemas políticos o culturales (ambiente social), sino más bien lo relacionaría con el concepto de ambiente natural. Además, cabe mencionar que adoptar la concepción amplia implicaría la protección de aquellos sectores que no se encuentran dentro del derecho a un “ambiente equilibrado”, como por ejemplo, el entorno artificial; lo cual resultaría difícil al momento de delimitar el bien jurídico penalmente protegido, pues el contenido de este sería tan amplio que cualquier conducta podría considerarse como delito, determinando casi siempre la falta de merecimiento de pena; así como disminuirían las posibilidades de eficacia de control, debido a que sería muy complicado configurar la protección como bien jurídico autónomo, reduciendo la necesidad de pena⁹⁴.

La concepción intermedia señala que ambiente sería lo que se conoce como “ambiente natural”, prescindiendo del ambiente artificial y social, que como hemos visto, nuestra Constitución les da un tratamiento distinto. Esta postura se reafirma cuando en el Capítulo II del Título III de la Constitución Política se regula “el ambiente y los recursos naturales”, los cuales pareciera que son dos realidades distintas, sin embargo, los recursos naturales establecen una identidad con el conjunto de elementos naturales, tanto en sus componentes mediales como el agua, el aire y los suelos, así como en sus elementos visibles u orgánicos que se sirven de ellos, como la flora y la fauna⁹⁵; por lo que, nos encontramos frente a un ambiente estrictamente natural.

⁹⁴ Vid. LAMADRID UBILLÚS. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit., p. 96.

⁹⁵ Vid. CARO CORIA, Dino. *El Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*, op. cit., p. 83.

Finalmente, la concepción restringida establece que el ambiente estaría conformado solo por sus elementos naturales mediales: el agua, el aire y el suelo, excluiría por tanto, los dos componentes importantes del ambiente natural como son la flora y la fauna. Esta definición ha sido propuesta por MARTÍN MATEO, quien sostiene que el ambiente debe reducirse a su aspecto físico, relacionado solo con los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas como son el agua, el aire y también el suelo que es objeto de perturbaciones que afectan a los otros medios⁹⁶. Sin embargo, dicha postura no es aceptada, pues no garantiza una protección suficiente de lo que sería un ambiente natural. Asimismo, esta concepción no calzaría en nuestro ordenamiento, debido a que los artículos 66°, 67° y 68° de nuestra Constitución no solo hace referencia a los recursos naturales sino también obliga al Estado a conservar la diversidad biológica y las áreas naturales, lo cual comprende la variabilidad de organismos vivos de cualquier hábitat⁹⁷, esto incluye no sólo los elementos mediales (agua, aire y suelo) sino también orgánicos como son la flora y la fauna, por lo que, la postura dejaría de lado sectores que merecen y necesitan protección penal⁹⁸.

⁹⁶ Vid. MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*, op. cit., pp. 218-222; MARTÍN MATEO, Ramón. “El Delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho administrativo”. *Revista de estudios de la administración local y autonómica* N° 238, 1988, p. 1037.

⁹⁷ Entiéndase por Diversidad Biológica o Biodiversidad, la variedad de organismos vivos en un hábitat o zona geográfica determinada y de los complejos ecológicos de los que forman parte. Se compone de tres niveles: diversidad entre una misma especie, diversidad de especies dentro de un ecosistema y diversidad de ecosistemas en la biósfera (parte de la corteza terrestre en la cual posible la vida).

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). “Diversidad Biológica. Manual de Ciudadanía Ambiental Global”. México, 2005, p. 8.

Consultado: 25 de marzo de 2015.

Disponible en:

<<http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/PCA/File/biodiversidad.pdf>>

⁹⁸ En el mismo sentido, véase LAMADRID UBILLÚS. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit., p. 97.

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que, en un primer momento, nuestra Carta Magna⁹⁹ se inclinaría por la concepción intermedia de “ambiente”, entendida como “ambiente natural”, el cual comprende tanto elementos mediales como orgánicos, prescindiendo del patrimonio histórico o de la problemática urbanística, aspectos que son regulados como bienes jurídicos distintos al ambiente.

No obstante ello, sin el afán de extenderme en este tema, considero que, además de lo que establece la Constitución Política sobre el ambiente, deben analizarse también las normas legales y los criterios jurisprudenciales existentes en materia ambiental, a fin de verificar si existe concordancia entre estos y el texto constitucional, y también porque al no definir el ambiente o no explicar su contenido, se va a tener que acudir a estas normas ambientales o a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para estos efectos, tomaré en cuenta lo dispuesto en la LGA, las sentencias del Tribunal Constitucional y el Código Penal.

En este sentido, el numeral 3 del artículo 2º de la LGA, prescribe que el ambiente comprende *“aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros”*. De esta definición, se desprende una concepción amplia del “ambiente”, que abarca elementos tanto naturales como antropogénicos, así como la protección del patrimonio cultural¹⁰⁰. Por su parte, el Tribunal Constitucional también

⁹⁹ Sobre la concepción intermedia de ambiente, se puede acudir de manera referencial a las consideraciones que sobre el particular se han tomado en cuenta en la legislación, jurisprudencia y doctrina de otros países, como España, donde la Constitución Política en su numeral 2 del artículo 45º recoge la expresión “recursos naturales” y además dicho texto constitucional realiza un tratamiento diferenciado al patrimonio histórico o cultural y a la ordenación territorial.

¹⁰⁰ Para LAMADRID, la definición de ambiente en la LGA es confusa y lata. Véase en: LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *Derecho Ambiental*

acoge esta contenido amplio de ambiente en algunas sentencias, como las que cito a continuación:

“El ambiente se entiende como un sistema; es decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí. Por ende, implica el compendio de elementos naturales – vivos o inanimados- sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen en la vida material y psicológica de los seres humanos. Por dicha razón, es objeto de protección jurídica y forma parte del bagaje de la tutela de los derechos humanos. El ambiente es concebido como el medio en el cual se encuentran contenidos todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos. Por consiguiente, alude a todas las condiciones e influencias del mundo exterior que rodean a los seres vivos y que permiten –de una manera directa o indirecta- su sana existencia y coexistencia”¹⁰¹.

“Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye “(...) tanto el entorno globalmente considerado –espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna- como el entorno urbano”; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros”¹⁰².

De lo expuesto, se puede apreciar que la definición de “ambiente” conforme la interpretación del numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política, tendría una materialidad amplia, tanto desde una

Contemporáneo. Crisis y Desafíos. Editorial Ediciones Legales, Lima, 2011, p. 81.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0018-2001-AI/TC. Fundamento jurídico 6.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-PI/TC. Fundamento jurídico 17.

perspectiva legal como jurisprudencial¹⁰³. No obstante, en otros pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado el contenido de “ambiente” como ambiente natural, sosteniendo lo siguiente:

*“(…) A partir de la referencia a un medio ambiente “equilibrado”, este Tribunal considera que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico (…)”*¹⁰⁴.

Así las cosas, no existe uniformidad en los pronunciamientos del máximo intérprete de la Constitución respecto a la concepción de ambiente, por un lado, se inclina por la concepción amplia al igual que la definición de la LGA, y por otro, señala que el contenido de este bien jurídico serían básicamente los elementos naturales. Esta situación no ayuda a la delimitación del bien jurídico protegido para efectos penales, básicamente para los términos de merecimiento y necesidad de pena, pues admitir una concepción amplia de ambiente resultaría que todos los delitos serían, al fin y al cabo, delitos contra el ambiente, de tal manera que bien podría existir un Código penal del ambiente¹⁰⁵. Además, no se puede considerar que mientras más amplio sea el contenido de ambiente

¹⁰³ Vid. ALEGRE CHANG, Ada. *Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo “de la vida”*. Lima, p. 5.

Consultado: 31 de marzo de 2015

Disponible en: <<http://adaalegreconsultores.com.pe/articulos.php>>

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0964-2002-AA/TC. Fundamento jurídico 8, quinto párrafo.

¹⁰⁵ En este sentido, véase SESSANO GOENAGA, Javier. “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico”, op. cit., p. 19.

mayor será su protección, pues bien se sabe que cuanto más restringido sea el concepto mayor será la eficacia de protección¹⁰⁶.

Por esta razón, considero que si bien lo dispuesto en la Constitución es el punto de partida para la delimitación penal del bien jurídico, debe precisarse aún más el contenido de “ambiente” y dar lugar a un contenido penal del mismo, el cual no debe ser omnicompreensivo, pues solo así se dará lugar a una intervención penal mínima y de *ultima ratio*. Desde mi perspectiva, debe analizarse también lo que el Código Penal considera como “ambiente” al momento de regular los delitos ambientales. El Título XIII del Código Penal recoge los “Delitos Ambientales” (artículo 304° al 314°-D), sancionando básicamente los delitos de contaminación (ambiental) y los delitos contra los recursos naturales, lo que quiere decir que considera como ambiente solo a los aspectos naturales, y deja fuera de este título el delito contra el patrimonio cultural (ambiente artificial), el mismo que se encuentra regulado en el Título VIII de este cuerpo de leyes (artículo 226° al 231°); situación que también se aprecia en nuestra Carta Magna. Asimismo, para una mayor precisión y por ser objeto del presente trabajo, podemos remitirnos al artículo 304° del CP, delito de contaminación ambiental, en el cual “ambiente” abarcaría la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas; elementos que su vez estarían interrelacionados con la calidad o salud ambiental. Siendo así, se puede afirmar que el CP se aproxima a la concepción de ambiente natural dentro de los delitos ambientales, lo cual resulta más estratégico al momento de delimitar el bien jurídico establecido en el artículo 304° del CP.

No obstante lo expuesto, es preciso aclarar que el ambiente natural proporciona únicamente el sustrato físico sobre el que se edifica el bien jurídico pero no se identifica con este. Los elementos naturales son el objeto material del delito pero no constituyen en sí mismo el bien jurídico penalmente protegido, por ello es que a lo largo de este apartado

¹⁰⁶ *Ibídem*.

se ha mencionado la necesidad de definir el ambiente para poder delimitar el bien jurídico penalmente protegido.

Por lo tanto, una vez establecido que la concepción penalmente adoptada es la intermedia (ambiente natural), se puede tomar como una definición penal de ambiente, la propuesta por el profesor BACIGALUPO ZAPATER, quien sostiene que ambiente es el “mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire, el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga en sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales”¹⁰⁷.

2.2. Tesis sobre la finalidad de protección del “ambiente y sus componentes”

Como se mencionó en el apartado anterior, la relación existente entre los bienes jurídicos colectivos, como el ambiente, y los bienes jurídicos individuales, como la vida y salud de las personas, ha generado dudas sobre la autonomía del bien jurídico ambiente y sobre por qué y para qué protegerlo. A continuación expondremos las diversas posturas que han dado lugar a estos cuestionamientos.

2.2.1. Tesis monista vs. Tesis dualista

La tesis monista personalista, propulsada por HASSEMER y sus discípulos, sostiene una teoría del bien jurídico puramente individualista denominada “personal”, la cual solo debe reconocer como bien jurídico un interés humano necesitado de protección jurídico penal, siendo los principales sujetos a protección, los bienes jurídicos individuales; así la tutela de los bienes jurídicos universales (como el ambiente) se llevaría a

¹⁰⁷ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *La instrumentación técnico-legislativa de la protección del medio ambiente*, op. cit., p. 200.

Disponible en:

<portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/.../la%20instrumentacion.pdf>

Consultado: 15 de marzo de 2015.

cabo tan solo en interés mediato de los individuos afectados¹⁰⁸; por lo que estos bienes deben adecuarse a la función del Derecho penal de proteger a los individuos y ser delimitados en base a esa misma función¹⁰⁹.

Otro de los autores que comparte esta postura es SILVA SÁNCHEZ, quien señala que la idea clave es que solo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su desarrollo personal en la sociedad¹¹⁰, pero que ello no quiere decir que los bienes universales (como el ambiente) no puedan ser protegidos penalmente, lo serán en la medida que son concebidos *instrumentalmente* respecto de la persona¹¹¹. De esta manera, no podrán incriminarse modalidades de ataque a tales bienes que no resulten en peligro grave para los individuos, siendo el Derecho administrativo quien debe ocuparse de su protección pues es legítimo que este sector del ordenamiento jurídico, y no el Derecho penal, contemple ilícitos con “víctima difusa”¹¹². En este sentido, para el profesor español, este no sería un bien jurídico autónomo sino que se derivará y dependerá de los bienes jurídicos individuales, por lo tanto, solo serían legítimos los tipos en los que se incriminen conductas ambientales que sean en alguna medida aptas para lesionar bienes jurídicos individuales, como la vida y salud de las personas.

Asimismo, este autor considera que si se admite, como hace la opinión mayoritaria, que los bienes jurídicos supraindividuales gozan de autonomía respecto de los individuales y que, por tanto, puede haber conductas típicas en el ámbito del ambiente, aunque dichas conductas no

¹⁰⁸ Esta postura está dentro del análisis de SHUNEMANN, BERND. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, op. cit., pp. 18-21.

¹⁰⁹ Vid. HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico” (trad. S. Ziffer). En: *Doctrina Penal*, N° 45 a 48, Buenos Aires, 1989, p. 281.

¹¹⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, op.cit. p. 271.

¹¹¹ *Ibídem*, p. 292.

¹¹² *Ibídem*.

sean peligrosas para bienes jurídicos individuales, resultará muy difícil trazar el límite entre el atentado al ambiente penalmente relevante y aquel que sólo ha de ser objeto de sanción administrativa¹¹³.

Por otro lado, existe una vertiente un tanto radical de la teoría monista, encabezada por HOHMANN¹¹⁴, quien afirma que la protección penal del ambiente no supone en realidad protección del ambiente, sino protección de la vida y la salud humana de los peligros del ambiente. Para este autor no existe un bien jurídico autónomo ambiente, pues solo una concepción personal del bien jurídico, pone de manifiesto que bien jurídico de una norma solo puede ser lo que constituya un presupuesto y condición para el desarrollo personal. La clave, sostiene el autor, está en que nuestra sociedad altamente tecnificada reconozca que la vida y la salud no deben protegerse únicamente frente al asesinato y las lesiones corporales, sino que existen otras posibilidades de lesión mediata de estos bienes jurídicos, que no afectan a la vida o salud de un individuo, sino a la vida y salud de todos. Por ello, el ambiente y sus componentes (el suelo, el agua y el aire) representan solo un instrumento a través del cual se atacan la vida y salud humana¹¹⁵.

Una crítica a esta postura monista es que el bien jurídico ambiente debe ser protegido como un bien con contenido y entidad propia, y no como mero instrumento de protección de bienes jurídico individuales. La doctrina señala que los bienes jurídicos colectivos como el ambiente, son complementarios de los individuales¹¹⁶. No obstante, de aquella correcta

¹¹³ Así lo explica cuando cita a Hohmann, ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *El delito de contaminación ambiental (art. 325º.1 del Código Penal)*, op. cit. p. 17.

¹¹⁴ Vid. Hohmann, Olaf. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*. Peter Lang, Frankfurt am Main, 1991. Asimismo, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores y otros. *Tutela Penal Ambiental*. Editorial DYKINSON, Madrid, 2000, p. 22.

¹¹⁵ Vid. ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *El delito de contaminación ambiental (art. 325º.1 del Código Penal)*, op. cit. p. 18.

¹¹⁶ Vid. CARO CORIA, Dino. *La Estabilidad del Ecosistema como bien jurídico-penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro*.

afirmación no se deriva necesariamente la tesis de que los bienes jurídicos supraindividuales dependan de los individuales, de manera que la lesión de los primeros solo adquiera relevancia para el Derecho penal si se aprecia al mismo tiempo una afectación de los segundos¹¹⁷. Al respecto, CARO CORIA, sostiene lo siguiente al criticar el antropocentrismo radical: “al exigirse que en todo bien jurídico colectivo se reconozca una realidad individual, se corre el riesgo de retrasar la intervención punitiva, pues al sancionarse solo las conductas que vulneran por ejemplo la vida humana, la salud o el patrimonio, entonces el Derecho penal es concebido como un instrumento impotente desde el punto de vista preventivo al permitir que tales riesgos, quizás evitables mediante la protección autónoma de los bienes colectivos, se realicen en resultados lesivos o peligrosos, en cuyo caso la pena no cumple ninguna función utilitaria reconocible y se limita a la mera retribución por el hecho”¹¹⁸.

Por ello, este autor considera importante resaltar el carácter autónomo de los bienes jurídicos colectivos en relación con los individuos, lo que no implica un divorcio entre ambas realidades normativas, pues los bienes colectivos son bienes que inciden en el funcionamiento del sistema y por ende se encuentran al servicio de bienes jurídicos individuales como la vida humana o la salud, pero a la vez son autónomos de cara a la eficacia penal sostenida en fines preventivos y de protección de bienes jurídicos, pues solo si se acepta

Texto de defensa de tesis doctoral sustentada el 21 de mayo de 1998 en la Universidad de Salamanca (España). Disponible en:

< <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10444/10910>>

¹¹⁷ Ibídem, p. 26.

¹¹⁸ Vid. CARO CORIA, Dino. “Sociedad de Riesgo”, Bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo”, op. cit., p. 6. En el mismo sentido, ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General* (trad. Luzón). Editorial Civitas, Madrid, 1997 y SHUNEMANN, BERND. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, p. 19.

que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia puede concluirse que la titularidad de los mismos es colectiva¹¹⁹.

Considero además que, si el Derecho penal solo debe intervenir cuando se lesione o ponga en peligro la vida y la salud de las personas por ataques al ambiente, significa que cuando se lesione el ambiente o sus componentes y no a la vida e integridad física de las personas, dichas conductas serían tan solo infracciones administrativas, pues como bien se sabe, en los ilícitos ambientales es muy difícil probar o constatar que ha existido un daño real a la vida y salud de las personas. A ello se suma, que hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos, la lesión o puesta en peligro de la vida y salud de las personas es por la repetitiva contaminación del ambiente y sus componentes, por lo que, si solo se espera la lesión efectiva de los bienes jurídicos individuales, la función preventiva del Derecho penal quedaría en el vacío.

Por su parte, la teoría dualista es una concepción minoritaria, sostenida por TIEDEMANN¹²⁰ quien contrapone bienes jurídicos individuales y supraindividuales como categorías independientes y desconectadas. En consecuencia, para este autor la protección de bienes supraindividuales como los intereses de la sociedad o la economía constituyen fines en sí mismos. Esta postura no es adoptada por la doctrina, pues como se ha mencionado, el ambiente y la vida y salud de las personas, son bienes jurídicos que se complementan.

Respecto a esta tesis, en mi opinión, considero que la protección del ambiente tampoco tendría sentido si se desentiende de las condiciones en las que se desarrolla el hombre, por ello es que se protege la salud y calidad ambiental mediante la protección de los elementos naturales, tal como se expresa en el artículo 304° del CP.

¹¹⁹ Ibídem, p. 7.

¹²⁰ Vid. TIEDEMAN, Klaus. “El Derecho Penal del ambiente. Cuestiones dogmáticas novedosas”. En: *Derecho penal económico y de la empresa*. Primera edición. Editorial San Marcos, Lima, 1996.

Antes de desarrollar el siguiente apartado, es conveniente hacer mención a la clasificación de los bienes colectivos planteada especialmente por MATA Y MARTÍN, quien postula que estos se dividen en dos: los bienes jurídicos intermedios y los bienes jurídicos institucionales. Los primeros son aquellos bienes que se configuran como contextos previos de la lesión de los bienes jurídicos individuales, y que por tanto, pueden relacionarse directamente a un bien jurídico personal. Y los segundos comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para los intereses personales sino que son realmente bienes públicos y por ello, su lesión tiene carácter autónomo¹²¹. Así, para este autor, en el caso de los delitos contra el ambiente se presenta una protección simultánea de ambos bienes jurídicos (intermedios e institucionales), ambas modalidades. La primera se refiere a su modalidad básica, la protección del equilibrio de los sistemas naturales como un bien institucional y por tanto autónomo, y la segunda, es la modalidad agravada, cuando se menciona en el tipo penal la lesión de los bienes individuales como “el perjuicio grave a la vida y salud de las personas”, aquí estamos ante un bien jurídico intermedio¹²².

Esta tesis, desde mi punto de vista, sería la conciliación entre ambas posturas así como la que tiene mayor sustento al momento de justificar la autonomía del bien jurídico ambiente, pues lo reconoce como un bien jurídico colectivo, autónomo, merecedor de protección penal, ya que estamos frente a la tutela de la estabilidad ambiental para garantizar la supervivencia humana, pero a su vez, no desconoce los bienes jurídicos individuales cuando por una acción contra el ambiente se haya puesto en peligro la vida y la salud humana, actuando como un bien jurídico intermedio, el cual también merece de protección penal. Se protege al ambiente en ambas modalidades.

¹²¹ Vid. MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Editorial Comares, Granada, 1997, pp. 21 y ss.

¹²² *Ibídem*, p. 27.

2.2.2. Tesis ecocentrista vs. Tesis antropocentrista¹²³

La tesis ecocentrista es partidaria de proteger al ambiente en sí mismo y no toma en cuenta el referente antropocéntrico del Derecho penal en la protección de los fundamentos de la vida humana como presupuesto de la protección del ambiente¹²⁴. Esta postura defiende al ambiente como una entidad autónoma merecedora de protección en cuanto tal, el ambiente no es un medio sino un fin en sí mismo, su protección es un valor intrínseco¹²⁵.

En esta tendencia se distingue una postura radical y una moderada. La primera señala que el bien jurídico ambiente se protege por sí mismo, pretendiendo una protección absoluta del ambiente, mientras que la segunda sostiene que el ambiente habría de ser un bien jurídico autónomo, que debería protegerse no por sí mismo, sino por su función como fundamento para la vida de generaciones presentes y futuras. A esta comprensión del bien jurídico se le denomina con frecuencia ecológico-antropocentrista¹²⁶.

¹²³ Existen diversas exposiciones sobre estas dos concepciones básicas del ambiente, entre las cuales tenemos a MULLER-TUCKFELD, Jens. “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, op. cit., p. 520; SESSANO GOENAGA, Javier. “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico”, op. cit., pp. 19-20; ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “La Protección del futuro y los daños acumulativos. RECPC 04-08, 2002, pp. 3-5; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *El delito de contaminación ambiental (art. 325º.1 del Código Penal)*, op. cit., pp. 16-19; REGIS PRADO, Luiz. *Bien jurídico-penal y Constitución* (trad. Álvarez Aranda), op.cit., p. 98; MIR PUIG, Santiago. “Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del *ius puniendi*”, op. cit. p. 212.

¹²⁴ Vid. MULLER-TUCKFELD, Jens. “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, op. cit., p. 507.

¹²⁵ Vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “La Protección del futuro y los daños acumulativos”, op. cit., p. 3.

¹²⁶ Vid. ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *El delito de contaminación ambiental (art. 325º.1 del Código Penal)*, op. cit., p. 36.

La postura radical resultaría insostenible precisamente en una sociedad que necesita también de un avance económico y tecnológico, pues se tendría que prohibir cualquier intervención humana en el ambiente. Además, el ambiente nunca ha estado ni puede estar absolutamente inalterado, dado que los hombres usan el medio en el que viven y consumen los recursos naturales. De lo que se trata, por tanto, es de determinar hasta dónde puede llegar la intervención humana en el ambiente y dónde ha de situarse el límite del respeto al ambiente; para ello es preciso sopesar los intereses de la naturaleza y las condiciones de existencia y desarrollo del hombre¹²⁷.

La tesis antropocentrista, por su lado, consiste en que el Derecho penal del ambiente solo debe estar al servicio de la protección de la vida y la salud del hombre, así la única razón por la que puede justificarse la protección del ambiente es la de su valor para los intereses humanos. Dentro de esta teoría, se han diferenciado a su vez un antropocentrismo moderado y otro radical.

El antropocentrismo radical, nuevamente es postulado por HASSEMER y SILVA SÁNCHEZ, quienes proponen que el Derecho penal se ocupe de la protección del ambiente solo cuando su menoscabo vaya de la mano con una afectación a bienes jurídicos individuales; en caso contrario, habría que dar un paso, según HASSEMER, al Derecho de la Intervención, como categoría intermedia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador que habría de ser creada, en cuyo seno las garantías serían menores que en el Derecho penal y Derecho procesal penal, pero en contrapartida, las sanciones serían también de menor gravedad¹²⁸. SILVA SÁNCHEZ, por su parte, señala que a partir de la constatación de que en algunos ámbitos se ha producido una flexibilización en las reglas de imputación y se han relajado las garantías procesales (como en el caso del Derecho penal ambiental), cree que si

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ Vid. HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico* (trad. S. Ziffer), op. cit., p. 282.

bien esos ilícitos habrían de permanecer en el Derecho penal, no deberían ser sancionados con penas privativas de libertad¹²⁹.

Una crítica a lo antes expuesto sería que difícilmente podría hablarse de delitos contra el ambiente como categoría autónoma, sino de formas especiales de comisión de los delitos clásicos contra la integridad física, la vida o la salud, pues este acaba reduciéndose a casos particulares de formas de comisión de los delitos clásicos¹³⁰.

No obstante ello, se ha adoptado una tesis intermedia (antropocentrismo moderado) y quizá la más aceptada por la mayoría, que entiende que el ambiente es un bien jurídico autónomo digno de protección, pero que se protege porque es fundamental para el desarrollo de la vida de las personas, es decir, la *ratio ultima* de su merecimiento de protección radica en la integridad de los intereses humanos¹³¹. De esta manera, se niega que el ambiente se deba proteger por sí mismo (postura ecocentrista), así como que deba ser necesario que la esfera de las personas se vea necesariamente afectada para que una conducta sea punible (antropocentrismo radical).

¹²⁹ Esta postura encuentra su fundamento en la visión del Derecho penal de dos velocidades, propuesta por Silva Sánchez, donde por un lado, se encontraría el Derecho penal de los delitos que tienen previstos como consecuencia jurídica una pena privativa de libertad, en el que puede mantenerse plenamente los criterios clásicos políticos criminales. Y por otro, estaría el Derecho penal de los delitos sancionados con penas distintas a la privativa libertad, en el que los criterios político criminales pueden flexibilizarse (la protección del ambiente se encontraría dentro del Derecho penal flexible o de segunda velocidad). En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit. pp. 178 y ss.

¹³⁰ En este sentido, véase MULLER-TUCKFELD, Jens. “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, op. cit., p. 520.

¹³¹ Vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “La Protección del futuro y los daños acumulativos”, op. cit., p. 4.

Así, la coexistencia de la orientación antropocéntrica y ecocéntrica permite entender que la finalidad de la protección ambiental es mantener las condiciones naturales para la vida humana presente y futura, pero que ello no implica discriminar a los elementos naturales como el agua, el aire, el suelo, la flora y la fauna¹³². Conforme a lo que se ha expuesto líneas arriba, nuestra Carta Política protege a un “ambiente equilibrado” pero como un derecho fundamental para toda persona, pues incluso dispone que este sea adecuado para el desarrollo de su vida, debido a que el deterioro del ambiente perjudica los factores biológicos que permiten la existencia del hombre (generaciones presentes y futuras); por lo que, nuestra Constitución asume esta tendencia antropocéntrica moderada.

En resumen, hasta el momento puede decirse que el ambiente es un bien jurídico colectivo reconocido en nuestro ordenamiento, compuesto por factores naturales (aire, agua, suelo, flora y fauna), autónomo y que se protege con la finalidad de que el hombre viva en un entorno adecuado. Lo que ahora corresponde desarrollar es hasta dónde llega esta protección por parte del Derecho penal ambiental.

2.2.3. Toma de postura: protección penal del ambiente presente y futura

Lo expuesto en los apartados precedentes ha dejado sentado que las posturas generalmente adoptadas respecto al bien jurídico ambiente son: la autonomía del bien jurídico ambiente y la tesis antropocéntrica moderada, las mismas que son asumidas por nuestra Constitución Política. Ahora bien, en el presente acápite pretendo justificar ambas posturas pero desde lo establecido en nuestro Código penal.

Desde mi punto de vista, no cabe duda que la tesis de los bienes jurídicos intermedios e institucionales (ambos bienes jurídicos colectivos) permite fundamentar la autonomía de este bien jurídico. En este sentido, a mi juicio, estimo que como bien jurídico institucional, la

¹³² Vid. CARO CORIA, Dino. *El Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*, op. cit. p. 85.

protección del ambiente implica al mismo tiempo la protección de un entorno adecuado para el desarrollo de las personas, lo que incluye contar con un espacio (ambiental) apto para el desenvolvimiento de éstas, lo que conlleva, a su vez, a tener una vida saludable; es así, que cuando el CP mediante su artículo 304° protege al ambiente o sus componentes, tutela también la calidad o salud ambiental, ambas categorías (“calidad” y “salud” ambiental) hacen referencia a las condiciones generales ambientales en las que el hombre debe vivir. De este modo, la salud o calidad ambiental está compuesta por aquellos aspectos de la salud humana, incluida la calidad de vida, que son determinados por factores ambientales físicos, químicos y biológicos (lo que llamamos ambiente natural) cuya lesión pueden afectar adversamente la salud de presentes y futuras generaciones¹³³.

Siendo así, la lesión o puesta en peligro *grave* del ambiente, como lo establece el precepto normativo, lesiona también en términos generales la salud ambiental, como por ejemplo, puede verse afectada por algunos factores como la calidad de agua, desechos sólidos domésticos o contaminación acústica, contaminación atmosférica vehicular e industrial, contaminación radioactiva, entre otros. En este contexto es que estimo que se justifica que el ambiente merezca ser protegido por el Derecho penal de manera autónoma, pues su lesión *grave* ocasiona de manera general el perjuicio de la salud y calidad ambiental de todas las personas. Asimismo, en este razonamiento se refleja también la visión antropocentrista del artículo 304° del CP.

Por otro lado, resulta aún más justificable la protección del ambiente cuando existen lesiones graves a las personas, afectando su vida o integridad física a consecuencia de una conducta ilícita ambiental; para ello se ha regulado el tipo penal agravado recogido en el artículo 305° CP, en este escenario se podría decir que el bien jurídico ambiente tendrá

¹³³ Vid. ORDOÑEZ A., Gonzalo. “Salud Ambiental: conceptos y actividades”. *Rev. Panamá de Salud Pública* Vol. 7 N° 3. Consultado: 13 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v7n3/1404.pdf>

una participación intermedia. Respecto a este último supuesto, cabe aclarar que la conducta deberá lesionar al ambiente (bien jurídico intermedio) y como consecuencia de ello, lesionará a su vez la vida e integridad de las personas, razón por la cual, debe entenderse que si una determinada conducta solo lesiona a la vida e integridad de las personas y no al bien jurídico ambiente, no se considerará como un delito de contaminación ambiental sino se tratará de un delito de homicidio o lesiones.

En consecuencia, se puede afirmar que para la configuración del delito de contaminación ambiental establecido en el artículo 304° del CP no es necesario la comprobación de una lesión grave de las personas y mucho menos la muerte de las mismas, bastará con la lesión o puesta en peligro *grave* del ambiente pues esto conlleva al perjuicio de la salud y calidad ambiental. Sobre esta conclusión, resulta contundente la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de noviembre de 2004, la cual señala lo siguiente:

“Lo primero que debemos señalar es que este delito no es un delito contra las personas, sino contra el medio ambiente, por lo que no es necesario un peligro concreto de las personas, la vida animal, los bosque o los espacios naturales. Lo que el tipo requiere, por lo tanto, es una grave alteración de las condiciones de existencia y desarrollo de tales objetos de protección.”

Ahora bien, si hemos dicho que lo que se protege es el ambiente de manera autónoma pero con la finalidad de proteger la existencia del hombre, es preciso cuestionarse si esta protección penal abarca solo a las generaciones presentes o también a las futuras. En el primer capítulo de este trabajo se hizo referencia a una serie de acontecimientos ambientales (contaminación ambiental) que han perjudicado gravemente la salud de las personas y que incluso ahora colocan en riesgo la vida de las generaciones futuras, como es el caso de las consecuencias que trae el ejercicio de la minería ilegal. Un claro ejemplo de esta situación puede reflejarse en la protección que requieren aquellas mujeres en edad fértil que viven en un ambiente contaminado con una serie de sustancias

tóxicas, como el mercurio, cuyas consecuencias pueden ser la esterilidad, abortos o nacimiento de niños con incapacidad.

Estos hechos, hacen o deberían hacer que el ordenamiento jurídico mediante los mecanismos de reacción, como el penal, se preocupe no solo de cómo vive el hombre de hoy, sino que más bien pretenda mantener las condiciones externas para que garantice la existencia saludable del hombre del futuro (salud y calidad ambiental). Bajo este contexto, SCHÜNEMANN argumenta que “ante este tipo de situaciones debería resultar evidente que corresponde a la esencia del Derecho (...) proteger la conservación de las bases de subsistencia de la humanidad con los medios más energéticos que él posee, es decir, los del Derecho penal (...). Por esta razón ha de señalarse, sin vacilar, como la función más importante de la política criminal moderna, conforme a las necesidades de nuestro tiempo, el otorgar la protección del medio ambiente el lugar que merece en el orden de los bienes jurídicos: el lugar central”¹³⁴.

Conforme a ello, considero que el deterioro del ambiente, incide directamente en la salud y calidad ambiental de las personas de manera constante, actual o progresiva, pero sobre todo pone en riesgo la existencia saludable de las generaciones futuras. Y es que, una de las características principales del bien jurídico “ambiente”, y que lo distingue de los otros bienes jurídicos colectivos, es que el ambiente es condición de vida de las generaciones futuras, no solo respecto a su subsistencia, sino también en lo que concierne al ejercicio de los bienes jurídicos de esas generaciones. Este aspecto es determinante, pues confiere al ambiente una cualidad—la dimensión de futuro—que otros bienes jurídicos colectivos no comparten y que le sitúa en un puesto relevante —por no decir en el primer puesto— en la jerarquía de bienes jurídicos supraindividuales, teniendo en cuenta que se trata de asegurar

¹³⁴ Cfr. SHÜNEMANN, BERND. “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente”, op. cit. p. 204.

los fundamentos de la existencia del ser humano, sin los cuales no es posible hacer uso de ningún otro bien jurídico¹³⁵.

Siendo así, no cabe duda que el Derecho penal ambiental abarca su protección a las generaciones futuras. No obstante ello, el autor ALCÁCER GUIRAO sostiene que el Derecho penal no está legitimado para proteger directamente los intereses potenciales de las generaciones futuras sino que “esa labor solo podrá llevarse a cabo a través de las generaciones presentes: de las condiciones de libertad de los ciudadanos”¹³⁶. Este autor, parte de la idea de que la protección del ambiente debe ser sólo mediata, es decir, que al momento de proteger los bienes jurídicos individuales se está protegiendo indirectamente al ambiente, por lo que, se exige como criterio de lesividad y de merecimiento de pena un riesgo para los intereses personales.

Al respecto, como ya se ha expuesto anteriormente, por un lado, la protección ambiental como bien jurídico institucional es autónomo y merecedor de protección penal cuya finalidad es la protección de un entorno adecuado para el hombre, esto es, de la salud y calidad ambiental; y, por otro lado, se ha dejado sentado que la lesión de los bienes jurídicos individuales (vida e integridad física) por una conducta ilícita ambiental, encuentra su protección como modalidad agravada en el artículo 305° del CP. Por lo tanto, considero que el Derecho penal ambiental debe proteger también al ambiente para las generaciones futuras, procurar que este sea adecuado para su existencia, pues el derecho fundamental de toda persona a “un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida” debe proyectarse incluso a los hombres que están por nacer. Asimismo, es de mi opinión que esta cualidad futura debe tenerse en cuenta al momento de valorar el tipo penal (artículo 304° CP) y verificar la repercusión que el ilícito puede

¹³⁵ Vid. ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *El delito de contaminación ambiental (art. 325°.1 del Código Penal)*, op. cit. p. 39.

¹³⁶ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “La Protección del futuro y los daños acumulativos”, op. cit. p. 29.

tener en las generaciones futuras, y en base a ello, determinar también la gravedad del mismo.

2.3. El bien jurídico penalmente protegido en el delito de contaminación ambiental: la estabilidad ambiental

A lo largo de todo este trabajo se ha hecho mención al bien jurídico “ambiente”; no obstante, se aclaró también que el ambiente entendido como natural no es el bien jurídico penalmente protegido en sí mismo. Así, la doctrina sostiene que lo que se protege es la estabilidad del ecosistema o equilibrio de los sistemas naturales como lo establece el ordenamiento español¹³⁷. De igual manera, nuestra Constitución Política no hace referencia a la protección del ambiente a secas, sino que precisa que toda persona debe tener derecho a un ambiente “equilibrado”. En la doctrina nacional, se reconoce este bien jurídico como la suma de bases naturales de la vida humana, dentro del cual encuentran la protección de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, impidiendo que el sistema ecológico sufra alteraciones perjudiciales, siendo un bien jurídico de naturaleza universal¹³⁸. De esta manera, no se protegen los elementos naturales de manera aislada sino más bien se busca la estabilidad o el equilibrio de todos ellos como un conjunto, este conjunto natural, por así decirlo, se relaciona a su vez con los seres humanos; por ello, como bien jurídico autónomo se protege la *estabilidad de los ecosistemas*, lo cual garantiza al mismo tiempo la salud o la calidad ambiental de los seres humanos que habitan en los mismos.

¹³⁷ Al respecto, cabe mencionar que el Código penal español, a diferencia del nuestro, sí recoge en el artículo 325°, el bien jurídico penal “equilibrio de los sistemas naturales”.

¹³⁸ Vid. CARO CORIA, Dino. *El Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*, op. cit. pp.275-279; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “Los Delitos Ambientales en el Código Penal Peruano a través de la Reforma Legal N° 29263”. En: Reglas de Imputación Penal en la Actividad Minera y Petrolera. Editorial Jurista Editores, Lima, 2013, p. 240.

Con relación a este bien jurídico, CARO CORIA sostiene que “la estabilidad es el atributo del ecosistema que le permite subsistir en el tiempo y en el espacio, permitiendo de ese modo la vida en condiciones naturales. Entendida como la capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir a las perturbaciones externas, de origen natural o humano. Por cierto, esa capacidad de resistencia no puede verse perturbada por cualquier actividad humana, sino por aquellas que al generar un gran impacto ambiental disminuyen las condiciones que permiten la estabilidad, es decir, que alteran gravemente la composición del agua, de la atmósfera o de los suelos, o disminuyen la biodiversidad”¹³⁹. Esto implica, siguiendo al autor, que ningún ecosistema es parecido al otro, situación que exige un estudio sistemático e individualizado de cada sistema natural¹⁴⁰.

Por otro lado, ALASTUEY DOBÓN, considera que el bien jurídico penalmente protegido “equilibrio de los sistemas naturales” guarda relación con la “capacidad de regeneración de los ecosistemas”. Al respecto, aduce que “el desequilibrio del ecosistema, esto es, la lesión del bien jurídico, se dará cuando se produzca un menoscabo en esa capacidad de regeneración. La capacidad de recuperación de un sistema natural (resiliencia) hace referencia a la rapidez con que un ecosistema vuelve a su estado anterior después de haber sido perturbado. Se cometerá el tipo penal, por tanto, aquellos actos de contaminación (vertidos, emisiones, etc.) que sean aptos (peligrosidad *ex ante* de la acción) para producir un perjuicio grave en la capacidad de regeneración del ecosistema. No basta con el peligro de que produzca cualquier menoscabo en la capacidad de regeneración del ecosistema, sino que ese menoscabo ha de ser grave”¹⁴¹.

Estoy de acuerdo con ambas posturas en el sentido que consideran que la conducta que lesione la estabilidad de los ecosistemas debe ser de

¹³⁹ Cfr. CARO CORIA, Dino. *El Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*, op. cit. pp. 277-278.

¹⁴⁰ *Ibídem*.

¹⁴¹ Cfr. ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *El delito de contaminación ambiental (art. 325º.1 del Código Penal)*, op. cit. pp. 66-67.

tal magnitud que genere un perjuicio grave en dicho bien jurídico. No obstante, los criterios de “resistencia” y “regeneración” con los que se relaciona al bien jurídico penal, en la práctica, son difíciles de acreditar, a tal extremo de poder dejar impune una serie de comportamientos relevantes y poner en tela de juicio la actuación del Derecho penal ambiental, y es que tanto la resistencia como la regeneración de los ecosistemas requieren de un estudio técnico-científico exhaustivo que analice la capacidad de soporte o reconstrucción de los mismos ante las perturbaciones que puedan generarse, lo que implicaría, incluso, años de investigación para llegar a una conclusión. Además, estos criterios, no consideran que los ecosistemas, la mayoría de veces, no se encuentran en su estado natural, algunos ya están alterados (altamente contaminados), ya sea por factores naturales o humanos; en tal sentido, no podría calificarse una conducta como un delito ambiental, pues ya no podría hablarse de una lesión o puesta en peligro grave de un bien jurídico que ya se encuentra deteriorado, ya sea porque el bien jurídico no resistirá más o porque su regeneración se tornaría más lenta.

En este orden de ideas, considero que el criterio más adecuado para determinar la lesión del bien jurídico penalmente protegido: estabilidad de los ecosistemas, es el del “estado anterior” propuesto por SILVA SÁNCHEZ, quien explica que se podrá determinar la lesión del bien jurídico cuando los sistemas naturales se encuentran en desequilibrio, el cual no debe ser entendido como la situación en que los sistemas naturales se encuentren inalterados¹⁴². Así, la acción típica puede afectar (o ser apta para afectar) al equilibrio de un sistema natural aunque con anterioridad a la realización del acto de contaminación dicho ecosistema hubiese sido objeto ya de intervenciones humanas que hubiesen supuesto un menoscabo para ellos. Este autor propone partir del estado del sistema natural anterior a la realización de la conducta respecto de la cual se trata de determinar su relevancia penal, es decir, para él, equilibrio equivale a

¹⁴² Vid. SILVA SÁNCHEZ. Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 80.

“estado anterior” y el desequilibrio equivaldría a la alteración del estado anterior¹⁴³.

En este sentido, entiendo que si un ecosistema ya se encuentra alterado pero aun así proporciona las funciones físicas, biológicas y químicas que permiten la salud y calidad ambiental de las personas que se sirven de ese ecosistema, se podrá determinar la lesión en base a ese estado en el que se encuentra, e imputar el delito de contaminación ambiental; así como, se podrá archivar una investigación si es que el estado anterior de un ecosistema es tan deplorable, imposible de ser más contaminado, que ya no podría existir mayor lesión para ese bien jurídico.

Así las cosas, el bien jurídico merecedor de protección penal en el delito de contaminación ambiental es la “estabilidad de los ecosistemas”, cuya lesión o puesta en peligro grave se encontrará relacionada a la condición anterior en la que se encontraba este bien jurídico. No obstante ello, la estabilidad de los ecosistemas resulta aún un concepto difuso al momento de imputar responsabilidades concretas en delitos específicos¹⁴⁴, toda vez que la conducta ilícita no recae sobre ese bien jurídico sino en los elementos que lo conforman como el aire, agua, suelo, flora y fauna, los cuales son llamados como objetos materiales del delito; esto se refleja cuando se contaminan los ríos, se emiten gases tóxicos al aire, derrame de petróleo en los suelos, o cuando la biodiversidad resulta vulnerada por todas estas conductas.

En esta línea, estos objetos materiales, conforme a JAKOBS tienen la naturaleza de objetos con función representativa¹⁴⁵, es decir, el

¹⁴³ Ibídem, p. 83.

¹⁴⁴ Vid. LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit. p. 124.

¹⁴⁵ Este análisis es citado por CARO CORIA, Dino. “Sociedad de Riesgo”, Bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo”. Además de este postulado, la doctrina reconoce la postura de SCHÜNEMANN quien

menoscabo relevante a estos objetos genera la afectación típica establecida en el tipo penal. Esto quiere decir, que los bienes representativos son los que inmediatamente salen a relucir, y por lo tanto, son los que están sujetos a afectación sin que sea necesario investigar algún daño al bien jurídico protegido técnicamente, en este caso, la estabilidad de los ecosistemas¹⁴⁶; estos son la sustancia corpórea que hace materialmente identificable y legitima lo jurídico penalmente protegido (estabilidad de los ecosistemas). Así, “los objetos que cumplen una función representativa en el delito de contaminación ambiental serían las entidades funcionales de carácter natural (abióticas) como son indistintamente: el agua, el aire, los suelos, y los recursos bióticos como la flora y fauna, que en su interacción dinámica permiten conservar el ambiente equilibrado que sería en última instancia el verdadero bien jurídico jurídico-penal protegido”¹⁴⁷.

De esta forma, la reiterada afectación de estos bienes jurídicos con función representativa provocará a su vez la afectación del bien jurídico colectivo “estabilidad del ecosistema”; toda vez que estos bienes representativos *per se* son solo realidades materiales, solo serán merecedores de protección penal cuando sean condición indispensable para la estabilidad del ecosistema y con ello a la supervivencia social, dentro de una perspectiva dinámica.

sostiene que estos objetos materiales tienen la naturaleza de “bienes jurídicos intermedios espiritualizados” a través de los cuales pueden protegerse los bienes jurídicos colectivos en los que la tipificación de una lesión es inimaginable. Al respecto, CARO CORIA, Dino. “Sociedad de Riesgo”, Bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Criminalidad Empresarial*. Editorial Gaceta Jurídica Penal y Procesal Penal, Lima, 2012, p. 20; LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit. p. 126.

¹⁴⁶ Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Criminalidad Empresarial*, p. 20.

¹⁴⁷ Cfr. *Ibíd*em, p. 21.

Ahora bien, conforme a lo expuesto, concluimos que este bien jurídico penal se erige como un bien merecedor de protección penal, de carácter colectivo y complementario de otros bienes jurídicos individuales en cuanto constituye una de las condiciones para la supervivencia de la humanidad. A continuación, se analizará qué formas de ataque contra dicho bien merecen la imposición de una pena, pues no todos los ilícitos que lesionan este bien jurídico requieren de la intervención del *ius puniendi*. Para tales efectos, el Derecho penal se sirve del principio de fragmentariedad, a fin de determinar los comportamientos que requieren de la intervención de este mecanismo de control.

3. La fragmentariedad como principio de determinación de las conductas ambientales penalmente relevantes

3.1. Principio de Fragmentariedad

La expresión de carácter fragmentario del Derecho penal indica que solo son punibles algunos fragmentos –más bien pocos–del grupo de las conductas merecedoras de pena¹⁴⁸. Conforme a este principio, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente. Dentro de estas conductas lesivas deben estar sometidas a represión penal las más graves; toda vez que sería evidentemente desproporcionado imponer una sanción tan severa como la penal, por hechos de bagatela o que afecten de modo insignificante el interés que se pretende proteger¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Vid. PRITTWITZ, Cornelius. “El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites del Derecho penal”. En: *La insostenible situación del Derecho Penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt* (Ed.); Área Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. española), Granada, 2000, pp. 430 y ss.

¹⁴⁹ Sobre el carácter fragmentario del Derecho penal podemos consultar: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Octava edición. Editorial B de f, Buenos Aires, 2009, p. 118; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., p. 110; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, op. cit. p. 286;

Así, el principio de fragmentariedad establece que la función mayor de protección de bienes jurídicos atribuida a la ley penal no es absoluta. El bien jurídico es defendido penalmente solo ante ciertas formas de expresión o ataque, consideradas socialmente intolerables. Eso explica que solo las acciones más graves dirigidas contra bienes fundamentales pueden ser criminalizadas. Se hace una tutela selectiva del bien jurídico, “limitada a aquella tipología agresiva que se revela dotada de indiscutible relevancia en cuanto a la gravedad e intensidad de la ofensa”¹⁵⁰.

Por lo tanto, el merecimiento de la intervención penal, mediante la fragmentariedad, dará lugar a dos resultados. En primer lugar, se podrá decidir la exclusión del ámbito de lo punible de aquellas conductas que, incluso afectando al bien jurídico protegido, poseen, sin embargo, un merecimiento de pena muy reducido. En segundo lugar, ya que se refiere a las conductas idóneas para ser inculpas, las mismas pueden ser ordenadas en atención a su grado de merecimiento de pena, lo cual es esencial tanto para adoptar la decisión final de si inculpar o no como para, en caso positivo, aplicar las exigencias del principio de proporcionalidad de las sanciones¹⁵¹.

Dentro de este marco general de fragmentariedad, el Derecho penal ambiental no debe criminalizar cualquier conducta que vulnere el entorno, sino aquellas que afectan sensiblemente el ambiente y/o salud

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pp. 116-117. En la doctrina nacional, tenemos: GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 138; CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 214; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*, op. cit. p. 94.

¹⁵⁰ Cfr. REGIS PRADO, Luiz. Bien jurídico-penal y Constitución, op. cit., p. 63.

¹⁵¹ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Los Delitos de peligro como técnica de inculpar en el Derecho penal económico: bases político-criminales”. *REDPC*. Segunda época, N° 11. Madrid, 2003, pp. 146-147.

ambiental, mediante su lesión o puesta en peligro grave¹⁵². A continuación, corresponde analizar, mediante el principio de fragmentariedad, qué conductas contra el bien jurídico penalmente protegido merecen protección penal.

3.2. La fragmentariedad en el delito de contaminación ambiental (art. 304° CP)

Resulta necesario tener en cuenta el principio de fragmentariedad en el delito de contaminación ambiental, toda vez que si no existe una concreta puesta en peligro del bien jurídico tutelado (estabilidad del ecosistema), no deberá intervenir el Derecho penal, sino garantizarse, por parte de los poderes públicos, una eficaz tutela a través de los ordenamientos administrativo y civil. Sobre todo, en el campo administrativo, que como ya se verá en el siguiente capítulo, la Administración Pública no debe limitarse a la imposición de multas sino que debe recurrir también a la imposición de sanciones no pecuniarias (suspensión temporal o cierre de la actividad)¹⁵³. Y, en el campo del Derecho civil, debería publicarse una normativa específica sobre responsabilidad civil ambiental.

¹⁵² En este sentido, REÁTEGUI señala que la protección penal debe atender una necesidad político-criminal, acorde con su naturaleza y función, de tal forma que la protección del ambiente no gira en torno a una tutela “global” o “totalizadora”, que conllevaría a un Estado policial y provocaría la angustia e inseguridad de los ciudadanos, ya que se estaría criminalizando todo comportamiento típico (acciones u omisiones) que sea perjudicial para el ambiente natural.

Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales”. En: *Revista electrónica de Derecho ambiental: Medio Ambiente & Derecho*.

Disponible en: <<http://huespedes.cica.es/gimadus/11/consideraciones.htm>>

¹⁵³ Vid. PRAT GARCÍA, Josep María y Pedro, SOLER MATUTES. *El delito ecológico. Jurisprudencia actual y comentada*. Editorial CEDECS, Barcelona, 2000, p. 36.

Como se mencionó en el capítulo primero, la política criminal considera hasta qué límite debe actuar el Derecho penal, toda vez que su aplicación limita la libertad de los ciudadanos; por ello, otorga garantías, entre las cuales, se encuentra el principio de fragmentariedad. De esta manera, en los ilícitos ambientales, como consecuencia de este respeto a la libertad de las personas, se debe responder no solo cuándo y qué conductas sancionar sino también cuándo y qué conductas no deben ser reprochadas penalmente.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que estamos ante un bien jurídico de carácter colectivo, donde el criterio empleado para afirmar el “merecimiento de pena” es el de “dañosidad social”. Este criterio se considera también para los bienes jurídicos individuales, lo que varía es que en los bienes jurídicos supraindividuales el efecto social de la conducta pasa a primer plano y en segundo plano, los medios empleados que puedan ser reprochables¹⁵⁴. La dañosidad social de la conducta enfatiza en el disvalor de la acción, el cual se encuentra formado, a su vez, por los medios o modos de ejecución del delito que fundan o agravan el ilícito penal¹⁵⁵.

En este contexto, es que resulta pertinente analizar ciertos criterios de fragmentación a fin de determinar qué conductas ambientales provocan dañosidad social, y por tanto, merecen ser castigadas por el Derecho penal ambiental. Para estos efectos, nos serviremos de los elementos del delito de contaminación ambiental, elegidos y ordenados por el legislador penal e interpretados y aplicados por el juez al supuesto de hecho. De tal manera, que al final del análisis, todo estos elementos deben justificar y representar el merecimiento de pena de la conducta incriminada.

¹⁵⁴ Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Acerca de la Teoría de Bienes Jurídico”. En: *Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal*. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez. Editorial Idemsa, Lima, 2007, p. 17.

¹⁵⁵ *Ibídem*.

Así, el artículo 304° del CP, sanciona al que, “*infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.*

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas”.

3.2.1. Elementos objetivos

De la lectura del artículo 304° se puede verificar la presencia de tres requisitos necesarios para la configuración del delito ambiental básico: (i) contravención de una ley u otra disposición de carácter general protectora del ambiente, (ii) provocación o realización de emisiones, vertidos y las demás actividades relacionadas en el texto del artículo, y (iii) perjudicar gravemente al ambiente y sus componentes, la salud ambiental o la calidad ambiental¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Sobre el análisis dogmático del tipo penal véase MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit. p. 560; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente*, op. cit. pp.70-88; PRAT GARCÍA, Josep María y Pedro, SOLER MATUTES. *El delito ecológico. Jurisprudencia actual y comentada*, op. cit. p. 30; HUERTA TOCILDO, Susana. “Principios básicos del Derecho Penal y art. 325 del Código Penal”. Conferencia pronunciada en el Cuarto Congreso de Justicia Penal sobre Delitos contra el medio ambiente, Universidad de Huelva, 1999, p. 43; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit. pp. 176 y ss.; LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit. pp. 194 y ss.

Con relación al primer requisito, pareciera que la relevancia típica de la acción dependiera de la infracción de la normativa administrativa reguladora del ámbito ambiental; no obstante, el legislador exige además de ello, la idoneidad de la conducta para perjudicar gravemente la estabilidad de los ecosistemas. Asimismo, no se puede negar, que si la conducta no se encuentra prohibida o prevista por la normativa administrativa o se produce dentro de los límites autorizados por la misma, no tendrá en principio, aplicación el artículo 304^o¹⁵⁷. La acción ha de constituir, por tanto, también una infracción a la normativa administrativa, aunque no hasta el punto de hacer de este requisito una “condición objetiva de penalidad”¹⁵⁸, sino que debe considerarse como un elemento del tipo que debe ser abarcado por el dolo.

En cuanto, al segundo requisito, se hace mención a la acción en sí misma, “provocar o realizar” descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones; todas estas conductas deben ser contaminantes. Para ello, también es clave la intervención de la autoridad ambiental competente, pues mediante la emisión del Informe Técnico, será quien determine si la conducta contamina o no, es en este escenario en donde el artículo 304^o pasa a ser una norma penal en blanco. Al respecto, cabe mencionar que puede suceder que una de estas conductas no es en sí nociva, pero adquiere tal cualidad al ponerse en contacto con algún agente exterior o cuando se produce en gran cantidad, más allá de los límites máximos permisibles; así como también puede suceder lo contrario, que la conducta sea nociva pero al entrar en contacto con el cuerpo receptor (agua, aire, suelo) u otro elemento se produzca algún proceso físico o químico que haga reducir el grado de contaminación y no ocasione un perjuicio al ambiente, en este último supuesto, no procedería la acción penal por tratarse de una conducta que no contamina.

¹⁵⁷ En este sentido, véase HERRERA GUERRERO, Mercedes. “Derecho penal medioambiental y accesoriedad administrativa en la configuración de algunos delitos en el Código Penal español. Inconvenientes y propuestas de solución”, op. cit. p. 53.

¹⁵⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit. p. 561.

Por otro lado, el artículo 304° hace mención a los Límites Máximos Permisibles, los cuales deben ser superados para que el tipo objetivo sea completo, pues de lo contrario, este supuesto sería atípico objetivamente, y se dará lugar, incluso, a una medida de defensa técnica como la excepción de naturaleza de la acción, dejando a salvo la infracción administrativa¹⁵⁹. Asimismo, resulta conveniente mencionar que el solo exceso de los LMP no siempre configura el tipo penal (si la infracción administrativa), sino que deberá realizarse un análisis en cada caso concreto a fin de determinar si dicha superación ocasiona o puede ocasionar un perjuicio grave al bien jurídico protegido o a sus elementos.

Finalmente, el tercer elemento del tipo base es la idoneidad de la conducta para causar o poder causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Estamos frente a un tipo penal mixto (de resultado y de peligro), ya que puede ser de resultado, es decir, de lesión o daño, si el perjuicio o alteración se ha producido, pero también puede ser de peligro concreto, pues el tipo penal prevé que las actividades contaminantes puedan causar perjuicio, alteración o daño grave.

Respecto a la peligrosidad que establece el tipo penal, la doctrina nacional sostiene que estamos ante un delito de peligro concreto pues está expresamente indicado en el precepto normativo¹⁶⁰. Asimismo, el tipo penal establece que el peligro debe ser grave, de carácter actual e inminente con probabilidad de lesión hacia el bien jurídico protegido¹⁶¹.

Ahora bien, para aplicar el principio de fragmentariedad en este tipo de delitos, debemos enfocarnos en la gravedad de las conductas que atacan al bien jurídico protegido, lo cual ha sido complicado de determinar por la misma naturaleza de dicho bien. En este sentido, no

¹⁵⁹ Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit. p. 203.

¹⁶⁰ Vid. CARO CORIA, Dino. *El Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*, op. cit., p. 276; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit. p. 203.

¹⁶¹ *Ibídem*.

existirá mayor problema cuando la conducta haya ocasionado una lesión grave, puesto que en este caso, estará demostrado mediante los informes técnicos correspondientes el perjuicio o daño real a los elementos naturales o bienes jurídicos de representación de un determinado ecosistema, logrando su desequilibrio, lo que a su vez conllevará la afectación de la salud y calidad ambiental de la colectividad.

Con relación al peligro grave, sí se pueden encontrar más dificultades al momento de hallar el criterio de la gravedad del peligro. Sobre este punto, SILVA SÁNCHEZ, establece algunos criterios para concluir la gravedad en este tipo de delitos, los cuales son: “a) la probabilidad mayor o menor de lesión; y b) la magnitud de la lesión previsible en función de la extensión del espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación o incidencia. En los vertidos, en particular, son determinantes, además de la concentración, la cuantía, el caudal receptor, el tiempo, la continuidad o discontinuidad, etc.”¹⁶². Sin embargo, el autor reconoce que si se toman en cuenta todas estas propuestas, los jueces y fiscales absolverán la mayoría de los casos por no acreditar suficientemente la afectación grave del bien jurídico. Por ello, es que se propone otra alternativa más práctica de causalidad y consiste en mantener una relación estrecha entre el resultado de la acción y la afectación de los elementos ambientales concretos¹⁶³. De esta manera, el peligro grave se verá reflejado en los elementos naturales que puedan desequilibrar un ecosistema específico, pues tanto los bienes intermedios como el bien jurídico penal se encuentran en la misma línea de ataque.

Antes de desarrollar los elementos subjetivos, es pertinente mencionar que es sujeto a crítica el hecho de que el legislador sancione con la misma pena tanto las conductas de resultado como las de peligro, a diferencia del artículo 325º del Código penal español que establece una pena privativa de libertad de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por

¹⁶² Vid. SILVA SÁNCHEZ. Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente*, op. cit. pp. 78-80.

¹⁶³ *Ibíd*em, p. 79.

tiempo de uno a tres años, para los casos en los que se puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, y si el riesgo o grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior. En todo caso, en nuestro ordenamiento los jueces penales deberán aplicar los criterios de proporcionalidad, e imponer una pena distinta cuando se trate de una conducta de lesión ante una de peligro.

3.2.2. Elementos subjetivos

El delito establecido en el artículo 304° del CP primer párrafo, es un delito doloso, el cual se justifica en la provocación o realización de emisiones, descargas, vertimientos contaminantes para el ambiente; no obstante, no se debe pretender que el sujeto activo conozca efectivamente el grado de lesión o peligro de su conducta hacia la “grandiosidad bien jurídico penal: estabilidad de cada ecosistema, sino que su vinculación subjetiva puede ser parcial o racional, en la medida que estará abocada a un bien representativo”¹⁶⁴. De esta manera, se puede concluir que bastará que el sujeto reconozca la lesión o puesta en peligro de los elementos naturales para que se configure el tipo penal.

Por otro lado, el segundo párrafo del tipo penal base, establece una modalidad culposa. Al respecto, existen autores que sostienen que si bien el tipo penal es de naturaleza mixta, no es menos cierto que, el injusto imprudente (culpa) de contaminación ambiental, será objeto de sanción penal solo cuando exista un resultado, esto es, cuando se constate un daño efectivo al ambiente o a alguno de sus componentes, es decir, no procederá la imposición de una pena cuando se presencie la puesta en peligro de manera culposa¹⁶⁵. Desde mi punto de vista, comparto con esta postura en el sentido que debe sancionarse penalmente aquella conducta

¹⁶⁴ Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Criminalidad Empresarial*, op. cit., p. 23.

¹⁶⁵ Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Los Delitos contra el Medio Ambiente*. Editorial RODHAS, Lima 2010, p. 147; LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*, op. cit. p. 224.

culposa que lesione el bien jurídico protegido; no obstante, discrepo con la misma, toda vez que en los supuestos de peligro grave, la conducta culposa también debería merecer de una sanción penal, con la salvedad que en estos casos debe tratarse de conductas de peligro concreto, pues se tendrá que verificar la realización de la conducta típica, la cual deberá tener suficiente aptitud lesiva para perjudicar los componentes ambientales y la salud o calidad ambiental.

3.3. Toma de Postura

En el apartado anterior, se han expuesto las diversas manifestaciones que influyen en la conducta y que hacen que sea merecedora de pena, pues se ha determinado que solo se deben sancionar las acciones más dañosas e insoportables que afecten a los componentes del ambiente lo cual hace que el ecosistema se torne inestable. Así, no cualquier lesión o manera de afectarlos puede acarrear la apelación al Derecho penal. Por último, junto a la importancia del bien jurídico y a la dañosidad de la conducta aparece la necesidad de sancionar la actitud interna más reprochable, como es la conciencia y voluntad de lesión (dolo) y, de manera excepcional, las infracciones imprudentes que impliquen una infracción al deber objetivo de cuidado (culpa)¹⁶⁶.

En este contexto, pretendo exponer algunos ejemplos en los que se aplican los criterios desarrollados a lo largo de este capítulo, a fin de determinar el merecimiento de la intervención penal. Existen casos en los que la actividad contaminante puede tener origen doméstico, por ejemplo, sacando los residuos sólidos de las viviendas constituyendo un basural, conductas que son irrelevantes, debido a que el injusto penal tiene un plus en la valoración de la conducta típica. En cambio, aquellas otras causas que son producidas por las actividades industriales que, incluso, pueden ser ilegales, sí interesa al Derecho penal, en la medida que representa una actitud lesiva a los bienes jurídicos protegidos.

¹⁶⁶ Vid. CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*, op. cit. p. 214.

El primer criterio que debe considerarse es el relacionado al criterio del “estado anterior” de la estabilidad del ecosistema, pues dependerá de las circunstancias en que se encuentre el bien jurídico para imputar el delito de contaminación ambiental.

Caso N° 1: Durante los años ochenta en la unidad minera “X”, las empresas A,B y C realizaron constantes derrames de relaves en la laguna “Y”, suceso que hizo que este cuerpo receptor se encuentre altamente contaminado. En el año 2012, la empresa D se instaló en la unidad minera “X” a fin de desarrollar sus actividades; así, durante una supervisión por parte de la autoridad ambiental competente para verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales, se determinó que los efluentes líquidos minero-metalúrgicos de dicha empresa superan en un 100% los límites máximos permisibles en el parámetro Cianuro, los cuales descargan directamente a la laguna “Y”.

En este supuesto, desde mi punto de vista, no existirá una lesión o puesta en peligro grave del bien jurídico “estabilidad del ecosistema”, por más que se hayan excedido los límites máximos permisibles, toda vez que el componente ambiental agua (laguna “Y”) se encontraba altamente contaminado, por lo tanto, el estado anterior de ese ecosistema impide que se configure el tipo penal y se impute dicha conducta a la empresa D.

Por otro lado, cuando se desarrolló el tema de la protección de las generaciones futuras, se estableció que este aspecto debería tenerse en cuenta para la determinación de la gravedad de la conducta. Asimismo, en este escenario, cabe citar nuevamente el caso de derrame de mercurio ocurrido en Choropampa, en el cual se han podido observar las graves consecuencias reflejadas en la salud de los pobladores y los niños que han nacido después de este suceso. Actualmente, esta situación se vive con la contaminación ambiental por medio de la minería ilegal, cuyo ejercicio causa perjuicio grave a los elementos naturales y la salud y calidad ambiental. En este escenario, se refleja cómo es que la contaminación de los bienes representativos (fauna) desestabiliza el

ecosistema y a su vez afecta la salud de las personas cuando consumen este tipo de especies.

Respecto a la puesta en peligro grave del ambiente y/o sus componentes, tenemos el hecho en que la conducta cumple la idoneidad para afectar el bien jurídico penalmente protegido.

Caso N° 2: A un kilómetro de la ciudad X, la empresa A desarrolla las actividades de concentrado y fundición de minerales como el Cobre y el Plomo. Así, cuando la autoridad ambiental competente realizó los monitoreos de aire en los puntos de control de dicha empresa, se comprobó que excedieron los límites máximos permisibles en altas cantidades respecto al parámetro Plomo.

Esta conducta es de peligro grave en cuanto la superación de los límites máximos permisibles afecta la calidad del aire, lo que a su vez genera un perjuicio a la calidad ambiental de los pobladores aledaños a la empresa y de los mismos trabajadores que laboran en la misma, pues las empresas que se dedican a este tipo de actividades y no respetan los límites máximos permisibles, hacen que el aire se torne irrespirable por el mismo dióxido de azufre que emerge de la chimenea que funde los minerales, haciendo que los metales pesados, como el plomo y el cobre, en niveles peligrosos estén presentes en los cuerpos de las personas, sobretodo de los niños y niñas, perjudicando su salud o haciendo que el lugar donde viven se convierta inhabitable.

Por último, es preciso señalar que quedan totalmente excluidos los casos de bagatela desde el punto de vista penal, como por ejemplo la disposición de las bolsas de residuos peligrosos depositadas en la vereda que nada contamina, y por lo tanto no pueden constituir delito, aunque de seguro estas conductas deban ser perseguidas administrativamente.

Todas estas conductas nos permiten analizar el merecimiento de pena en el delito de contaminación ambiental, verificando que existen criterios de fragmentariedad que le permiten al juez o el fiscal discernir

entre una serie de conductas, la que genera mayor lesividad social, la más grave, así como le permitirá al denunciado encontrar en los mismos una base para su defensa. No obstante, estas conductas también pueden ser prevenidas o controladas por otros mecanismos de reacción extrapenales, sin que sea necesaria la intervención del Derecho penal ambiental. En este sentido, en el siguiente capítulo analizaremos si la intervención administrativa es suficiente para la protección del bien jurídico protegido o en todo caso, resulta necesaria la intervención penal.

CAPÍTULO TERCERO

NECESIDAD DE PENA EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

1. Consideraciones Generales

Conforme a lo expuesto en el capítulo anterior, debe mencionarse que no basta con determinar que el bien jurídico que se pretende proteger es valioso e imprescindible para la vida, así como no será suficiente establecer que una determinada conducta merece la imposición de una pena, sino que debe exigirse un elemento adicional: la protección penal debe ser útil y transmitir a la sociedad algún beneficio respecto a su conservación o estabilización por las expectativas normativas, este requisito vendría a ser la necesidad de pena¹⁶⁷. De esta manera, la necesidad de pena opera fundamentalmente en dos sentidos: primero, para excluir del ámbito de lo punible aquellas conductas que, aun afectando al bien jurídico y aun siendo merecedoras de pena, pueden ser eficazmente prevenidas a través de otros mecanismos de reacción. Y, en segundo lugar, sirve también para graduar tanto el alcance de la incriminación como la pena a imponer, aunque solo dentro de los

¹⁶⁷ Vid. CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 266.

márgenes que permitan las consideraciones de merecimiento de pena, y no en otro caso¹⁶⁸.

La idea precedente parte del hecho de que una determinada conducta en sí misma merece ser sancionada con pena, sin embargo, las circunstancias concretas del autor o posteriores al hecho hacen que esta sea innecesaria o inadecuada; dando lugar a la limitación del merecimiento de pena por la necesidad de pena¹⁶⁹. Asimismo, este criterio se encuentra íntimamente relacionado con el principio de *ultima ratio*, en especial, con el principio de subsidiariedad, toda vez que, se está legitimado para acudir al Derecho penal cuando el resto de los mecanismos jurídicos se muestren insuficientes, ya que, en primer lugar, deberá preferirse la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, ya sean sanciones civiles o administrativas, y, por último, solo cuando estas técnicas resulten insuficientes, se podrá acudir a la pena o a la medida de seguridad¹⁷⁰. Así, el Derecho penal debe ser el último recurso a utilizarse, debido a la gravedad que revisten sus sanciones; los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social¹⁷¹.

¹⁶⁸ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Los Delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, op. cit. p. 147.

¹⁶⁹ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, op. cit. p. 116.

¹⁷⁰ Vid. RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*, op. cit. p. 116.

¹⁷¹ En este sentido MIR PUIG, sostiene que “solo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil huida al Derecho penal”. En, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 118.

Al respecto, el Derecho penal ambiental debe intervenir de modo subsidiario, solo ante aquellos ataques al bien jurídico que resulte más graves o intolerables, porque ante las lesiones leves debe intervenir el Derecho administrativo sancionador¹⁷². De este modo, si se optase por imponer sanciones penales, sin antes tener en cuenta el carácter preventivo y programático o sin potenciar la actividad administrativa de control y sanción, estaría protagonizando lo que se ha llamado “huida hacia el Derecho penal¹⁷³”.

En este sentido, corresponde, a continuación, realizar el análisis sobre los mecanismos extrapenales, tanto preventivos como represivos, a fin de determinar las razones por las cuales deben ser estos mecanismos los primeros en intervenir ante un ataque ambiental, y analizar después de ello si estos son suficientes para la protección del ambiente, pues una contemplación conjunta de todos los mecanismos de reacción podrá permitir la adopción de decisiones político-criminales correctas. En el presente trabajo, nos limitaremos a desarrollar estos mecanismos desde el punto de vista del Derecho administrativo ambiental, por ser el principal encargado de la protección ambiental.

2. Protección administrativa ambiental: mecanismos de prevención, control y represión

Inicio este acápite afirmando que la protección del ambiente no solo debe estar a cargo del Estado a través de sus mecanismos de control y prevención, sino también los particulares deben implementar una serie de medidas preventivas (en especial las grandes empresas extractivas) que permitan asegurar que al momento que realicen sus actividades no

¹⁷² Vid. HERRERA GUERRERO, Mercedes. “Derecho penal medioambiental y accesoriadad administrativa en la configuración de algunos delitos en el Código Penal español. Inconvenientes y propuestas de solución”, op. cit. p. 50.

¹⁷³ Vid. RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*, op. cit. p. 120.

perjudicarán al ambiente, a la vida y a la salud de las personas. En tal sentido, considero que los mecanismos de prevención por parte del Estado y los particulares son los principales puntos de atención al momento de evaluar un ilícito ambiental, toda vez que a partir de estos, se analizará el comportamiento que debió tener el autor del ilícito¹⁷⁴.

El principio de prevención es uno de los pilares del Derecho ambiental¹⁷⁵, el cual exige al Estado y a los particulares que adopten las medidas necesarias a fin de evitar que se generen daños al ambiente o que, en caso se lleguen a generar, la afectación sea mínima, es decir, ante la posibilidad de que se produzca un daño ambiental, se deben adoptar las

¹⁷⁴ El 30 de octubre de 2014 el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA emitió la Resolución N° 021-2014-OEFA/TFA-SEP1, la cual desarrolla la importancia del principio de prevención en las actividades económicas como la minería, energía, pesca e industria. Esta resolución parte de la premisa que las medidas de prevención deben ser adoptadas no solo por el Estado sino también por los particulares, sobre todo por aquellos que desarrollan actividades que ponen en riesgo al ambiente, la vida y salud de las personas. El órgano colegiado declaró en su artículo tercero que la presente resolución constituye un precedente administrativo, disponiendo su publicación en el diario oficial El Peruano el 14 de noviembre de 2014 (Disponible en: www.oefa.gob.pe). En el presente trabajo he tenido en cuenta lo establecido en la referida resolución a fin de explicar la función preventiva del Derecho ambiental con relación de la protección del ambiente.

¹⁷⁵ Ley N° 28611.

Artículo VI.- Del principio de prevención

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

En referencia al principio de prevención la doctrina sostiene que “Lo primero y lo más idóneo es la prevención del daño al medio ambiente, para evitar su consumación; máxime teniendo en cuenta que se trata de un bien no monetizable, es decir, no traducible en indemnizaciones y difícil de volver al estado anterior del daño”. En, CAFFERATTA, Néstor. “El Principio de Prevención en el derecho Ambiental”. *Revista de Derecho Ambiental; Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

medidas destinadas a prevenir afectaciones al ambiente¹⁷⁶, toda vez que los daños ambientales no siempre pueden ser materia de restauración. Por ello, “cuando existe certeza de que una actividad puede provocar daño ambiental, deberán adoptarse las medidas para prevenir, vigilar y evitar que éste se produzca”¹⁷⁷.

Esta afirmación encuentra su justificación en el derecho fundamental de vivir en un ambiente equilibrado, regulado en nuestra Constitución Política, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, este derecho está compuesto por dos elementos: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado y, 2) el derecho a que dicho ambiente se preserve¹⁷⁸. Este segundo elemento, establece la obligación de preservar al ambiente, el cual conlleva ineludiblemente el deber del Estado de prevenir adecuadamente los daños que se puedan causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana y, a su vez, la obligación de los particulares de proceder de modo similar cuando realizan actividades económicas que inciden directa o indirectamente en el ambiente.

De esta manera, cuando no se cumplan con estos mecanismos de control y prevención, la Administración Pública, en virtud de su potestad sancionadora, dará lugar a sus mecanismos coercitivos o de sanción, los cuales encuentran su sustento en la falta de adopción de las medidas de control y prevención por parte de los particulares, lo cual debe ser castigado con la sanción correspondiente.

¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1206-2005-PA/TC. Fundamento jurídico 6.

¹⁷⁷ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*, op. cit., p. 571.

¹⁷⁸ Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional reiteradamente en las sentencias recaídas en los expedientes N° 0018-2001-AI/TC, 3510-2003-AA/TC, 0048-2004-AI/TC y 1206-2005-PA/TC, entre otros.

Siendo ello así, haré mención en primer lugar de los principales mecanismos de prevención que el Estado ha adoptado a fin de proteger al ambiente, así como las medidas que los particulares deben realizar para que sus actividades eviten en la mayor medida de lo posible la contaminación ambiental. En segundo lugar, analizaré los mecanismos de sanción con los que cuenta el Estado para castigar aquellas conductas que afecten al ambiente.

2.1. Funciones preventivas

2.1.1. Mecanismos de prevención por parte del Estado

El Estado elabora mecanismos para la prevención de los impactos ambientales negativos de las actividades de origen natural y/o antrópico¹⁷⁹ tales como los instrumentos de gestión ambiental¹⁸⁰, entre ellos, la evaluación del impacto ambiental (EIA), los estándares de calidad ambiental (ECA), los límites máximos permisibles (LPM), los planes de cierre; planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación, entre otros. En este apartado solo mencionaré los principales mecanismos de gestión ambiental que realizan una función preventiva general.

Es este escenario donde interviene la gestión ambiental entendida como el objetivo de lograr que la sociedad disponga de una elevada

¹⁷⁹ Tal como se observa del Eje de Política 2 “Gestión Integral de la Calidad Ambiental” de la Política Nacional del Ambiente.

¹⁸⁰ Ley N° 28611.

Artículo 16°.- De los instrumentos

16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país.

calidad ambiental; lo cual tiene consecuencias notables en el estilo de desarrollo y en las actividades que lo soportan. La gestión ambiental en la sociedad considera dos aspectos íntimamente vinculados: la gestión ambiental privada y la gestión ambiental pública, entendiendo por pública, la gestión ambiental considerada como una actividad del Estado, sin duda una de las más importantes¹⁸¹.

La gestión ambiental afectará a los dos elementos implicados en los problemas ambientales: al elemento activo, las actividades que están en la causa y que son el vehículo del desarrollo, y al pasivo, los factores ambientales que reciben los efectos, y a las relaciones e influjos mutuos¹⁸². La gestión ambiental puede intervenir por la vía preventiva, correctora o curativa.

Desde mi punto de vista, considero que el primer mecanismo de gestión ambiental de tipo preventivo respecto a los ilícitos ambientales es la *normativa ambiental*, la cual contiene una serie de obligaciones ambientales de exigible cumplimiento, encargadas de desarrollar en la mayor medida de lo posible todas las actividades que puedan suponer un peligro para el ambiente, determinando cualitativa y cuantitativamente cuáles son los límites permitidos en actividades de este tipo.

En un segundo plano, una vez que exista esta normativa, que, por su carácter técnico, puede alcanzar un alto grado de complejidad, la Administración cuenta con un instrumento operativo fundamental y de control preventivo: *el acto administrativo de la "autorización"*. La autorización debería configurarse como el instrumento fundamental de tutela del ambiente; así, todo vertido o emisión de cierta entidad en la atmósfera, el suelo o las aguas marítimas o terrestres, o toda explotación trascendente de los recursos naturales tuviese que ser autorizado previamente, con lo que se evitaría que se realizaran actividades de este

¹⁸¹ Vid. LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *Derecho Ambiental Contemporáneo. Crisis y Desafíos*, op. cit., p. 118.

¹⁸² Vid. GÓMEZ OREA, Domingo. *Estudios de Derecho y Gestión Ambiental*. Editorial Avila, Madrid, 1999, p. 529.

tipo, por encima de los límites de tolerabilidad fijados en las leyes o reglamentos¹⁸³.

Con relación a esta segunda medida de prevención, corresponde precisar que resulta una garantía importante para el ambiente el correcto ejercicio de la función administrativa, en cuanto que ésta no se puede agotar en la emanación de disposiciones normativas, sino que debe extenderse también al control del correcto uso de la autorización por parte del destinatario, sobre todo cuando la misma da lugar a actividades que se prolongan en el tiempo.

Finalmente, considero que en tercer lugar se encuentran los *instrumentos de gestión ambiental*¹⁸⁴ de carácter preventivo y de control, entre los cuales destacan el estudio de impacto ambiental (EIA), los estándares de calidad ambiental (ECA) y los límites máximos permisibles

¹⁸³ Vid. LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *Derecho Ambiental Contemporáneo. Crisis y Desafíos*, op. cit. p. 118.

¹⁸⁴ Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

17.3 El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental.

(LMP). Conforme al artículo 25° de la Ley N° 28611 los Estudios de Impacto Ambiental son un instrumento de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el ambiente físico y social, a corto o largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Asimismo, el proyecto de inversión debe mencionar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables.

Con relación a los instrumentos de control, el Estándar de Calidad Ambiental es la medida de la concentración o del grado de elementos, sustanciales o parámetros físicos, químicos y biológicos, en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. No se otorgará el Certificado Ambiental a un proyecto cuando la Evaluación de Impacto Ambiental correspondiente concluyera que la implementación del mismo implicaría el incumplimiento de algún ECA¹⁸⁵.

Por su lado, los Límites Máximos Permisibles (LMP) son uno de los tantos instrumentos de control utilizados por parte del Estado para tutelar el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, y consisten en la medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente¹⁸⁶. Así, mediante la regulación de estos instrumentos de control, el Estado garantiza la calidad de la vida de las personas, pues con estos límites tomamos conocimiento de hasta cuánto se puede soportar la contaminación ambiental.

¹⁸⁵ Vid. ANDÍA VALENCIA, Walter y Juan, ANDÍA CHÁVEZ. *Manual de Gestión Ambiental*. Tercera edición. Editorial Arte y Pluma, Lima, 2013, p. 98.

¹⁸⁶ *Ibídem*.

2.1.2. Mecanismos de prevención por parte de los particulares: ecogestión, especial referencia a las auditorías ambientales

La determinación de la gestión ambiental esta principalmente a cargo del Estado, sin embargo, actualmente es más aceptado que la ciudadanía y el sector empresarial no sean excluidos de la formulación, aplicación y evaluación de la misma. De esta manera, son los actores sociales quienes, con sus conductas, harán que la gestión ambiental sea exitosa o no; de ahí que para asegurar su eficacia, el Estado debe promover la participación de estos actores.

En este sentido, se entiende que los particulares deben cumplir principalmente con los mecanismos de prevención que el Estado le proporciona, es decir, tienen la obligación de cumplir con la normativa ambiental, actuar dentro de la legalidad, esto es, a través de la autorización correspondiente que el Estado le ha otorgado para que desarrolle alguna de las actividades económicas (minería, energía, pesca, industria, entre otras), y una vez que desarrollen sus actividades, lo hagan dentro de los límites establecidos, observando las obligaciones a las que se comprometieron cumplir (compromisos ambientales) en sus instrumentos de gestión ambiental.

Adicionalmente a ello, los particulares, en especial el sector empresarial, deben adoptar medidas de prevención¹⁸⁷ orientadas a controlar, atenuar, minimizar y/o compensar los impactos ambientales negativos frente a toda actividad que implique alteraciones al ambiente¹⁸⁸. Para ello, se han desarrollado algunos mecanismos que le

¹⁸⁷ Ley N° 28611.

Artículo 75°.- Del manejo integral y prevención en la fuente

El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones.

¹⁸⁸ Ley N° 28611.

Artículo 73°.- Del ámbito

permiten al administrado elaborar -por así decirlo- sus propias normas ambientales, entre los cuales está la ecogestión y ecoauditoría o auditoría ambiental.

La ecogestión o sistema de gestión ambiental puede definirse como un mecanismo para la efectiva implantación de recomendaciones de auditoría, coordinación de actividades y esfuerzos, seguimiento en el cumplimiento de objetivos y en su mantenimiento, todo ello referido a la mejor protección ambiental. Se trata de un sistema de gestión que presta especial atención a las cuestiones ambientales¹⁸⁹.

En la práctica es frecuente encontrar empresas que tienen diversos problemas en materia ambiental. Me refiero, por ejemplo, a aquellas que no pueden asegurar que dan cumplimiento a las obligaciones legales ambientales, toda vez que no tienen identificados sus riesgos ambientales, tienen una imagen de empresa negativa para sus trabajadores por razones de protección penal, o tienen bloqueadas o dificultadas sus relaciones con la Administración competente por razones ambientales.

Frente a estas situaciones, un sistema de gestión ambiental pretende suministrar la forma de coordinar acciones, procedimientos, documentación y registros de gestión ambiental con la finalidad de identificar y controlar las vulnerabilidades y efectos ambientales más relevantes, identificar y dar cumplimiento a las obligaciones legales ambientales, establecer una política sólida en materia ambiental y las

73.1 Las disposiciones del presente Capítulo son exigibles a los proyectos de inversión, de investigación y a toda actividad susceptible de generar impactos negativos en el ambiente, en tanto sean aplicables, de acuerdo a las disposiciones que determine la respectiva autoridad competente.

¹⁸⁹ Sobre la ecogestión véase MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Ambiental*. Tercera edición. Editorial Thomson Arazandi, Navarra, 2003, pp. 137-154; MIGUEL PERALES, Carlos. *Derecho español del medio ambiente*. Editorial Civitas, Madrid, 2009, p. 214.

bases para una gestión ambiental adecuada; asimismo, establecer prioridades, determinar objetivos y trabajar por su cumplimiento¹⁹⁰.

En este sentido, las empresas que desarrollan actividades contaminantes deberían desarrollar de modo interno un sistema de gestión ambiental, teniendo en cuenta los elementos más importantes que todo sistema de gestión ambiental debe incluir, como una política ambiental que defina las intenciones y principios generales de la empresa, y que prevea el marco adecuado para tomar cualquier acción que sea necesaria, un proceso de identificación de aspectos e impactos ambientales de la empresa. Esta identificación será especialmente importante a la hora de establecer los objetivos ambientales a conseguir. Asimismo, como sujetos responsables deben identificar las obligaciones legales de carácter ambiental que recaiga sobre su empresa, establecer una estructura orgánica de gestión ambiental en la que se establezcan responsabilidades, así como un sistema de información interna y formación que asegure que todos los empleados entienden cuáles son sus responsabilidades en materia ambiental, y cómo cumplirlas.

Con relación a su *modus operandi*, las empresas deben adoptar medidas respecto a los procedimientos para documentar y supervisar los resultados de acciones concretas y los programas ambientales, procedimientos de verificación (por ejemplo, auditorías ambientales) y procedimientos de revisión de todo el sistema que permita adecuarlo y mejorarlo de una manera constante.

2.1.2.1 Las auditorías ambientales o ecoauditoría

La ecoauditoría o auditoría ambiental debe considerarse como uno de los instrumentos, quizá el más importante, de la ecogestión, en cuanto que se trata de un medio esencial para que una empresa pueda desarrollar una gestión ambientalmente correcta. Las empresas deben realizar una

¹⁹⁰ Vid. MIGUEL PERALES, Carlos. *Derecho español del medio ambiente*, op. cit, p. 214.

autoevaluación de sus situaciones ambientales con el fin de soslayar eventuales penalizaciones económicas, y además reconocer los posibles riesgos que sus actividades pueden ocasionar¹⁹¹.

El término auditoría es sinónimo de supervisión y verificación de diversos aspectos de una empresa. La auditoría ambiental consiste en una revisión sistemática, documentada, periódica y objetiva a fin de identificar las áreas ambientales críticas, mejorando el control de prácticas ambientales y la evaluación del cumplimiento de las políticas ambientales de la empresa, incluyendo las obligaciones legales ambientales¹⁹². Así, la auditoría ambiental debe encargarse de detectar las fallas, deficiencias o incumplimientos de la normativa ambiental y adoptar medidas que le permitan superar estas situaciones para cuidar del ambiente y mejorar el aprovechamiento de los recursos naturales.

Entre los objetivos de la auditoría ambiental se encuentran la verificación de cumplimiento de la normativa vigente, el cumplimiento a la política ambiental de la organización, la prevención y minimización de los efectos de accidentes ambientales, así como la implementación de los planes de emergencia en caso estos lleguen a ocurrir y proporcionar al auditado la oportunidad de evaluar la mejora del sistema de gestión ambiental, y con ello contribuir a la mejora continua de su comportamiento ambiental¹⁹³.

¹⁹¹ Vid. MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Ambiental*, op. cit., pp. 137-154

¹⁹² Vid. VILLEGAS CASTRO, Mariella del Socorro. “La auditoría interna ambiental frente a los impactos ambientales en el Perú”. En el XXII Congreso Nacional de Contadores Públicos del Perú, Arequipa, del 28 al 31 de octubre de 2010. Asimismo, FINDLEY, Roger. “La Protección Penal del Medio Ambiente en los Estados Unidos de América” (trad. Muñoz Conde). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Segunda Época, N° 3, 1999, p. 181.

¹⁹³ Estos objetivos se encuentran establecidos en la Resolución de Contraloría General N° 470-2008-CG del 28 de octubre de 2008 que aprueba la Guía de Auditoría Ambiental Gubernamental y sus primeros tres apéndices.

De esta manera, si las empresas implementarían un sistema de gestión ambiental eficaz teniendo a la auditoría ambiental como el principal instrumento de prevención, se evitarían gran parte de los ilícitos ambientales, los administrados podrían sustentar que actúan dentro del marco de la ley y además, facilitarían la labor de fiscalización de la autoridad sectorial competente. Por esta razón, es que la realización de auditorías ambientales debe ser interés de las mismas empresas ya que son instrumentos para prevenir contingencias ambientales y demostrar un compromiso hacia el manejo ambiental sustentable.

2.2. Funciones represivas: especial referencia a la potestad sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

La potestad sancionadora administrativa es una extensión del *ius puniendi* del Estado que traspasa la esfera del ámbito penal y se materializa en el ámbito administrativo¹⁹⁴. En este sentido, el Estado tiene la obligación de hacer cumplir las normas ambientales vigentes ejerciendo su potestad sancionadora. Esta potestad sancionatoria la ejerce dentro del procedimiento administrativo sancionador, el cual cumplirá dos objetivos: (i) permitir a la entidad de la Administración Pública con potestad sancionadora comprobar fehacientemente si se ha cometido algún ilícito y, (ii) garantizar al presunto infractor ejercer su derecho a la defensa¹⁹⁵.

En este contexto, corresponde señalar quien detenta en nuestro ordenamiento la potestad sancionadora en materia ambiental. El 5 de marzo de 2009 se publicó la Ley N° 29325 mediante la cual se creó el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), con la finalidad de regular las funciones en materia ambiental tanto a nivel nacional, regional y local. Así, el SINEFA está conformado por el

¹⁹⁴ Vid. MORON URBINA, Carlos. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Décima edición. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 615.

¹⁹⁵ *Ibídem*, p. 618.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como su ente rector; el Ministerio del Ambiente (MINAM) y las Entidades de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local (EFA).

De esta manera, el artículo 6° de la Ley N° 29325 establece que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es quien se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental¹⁹⁶. Asimismo, el artículo 11° de la mencionada Ley señala que la potestad fiscalizadora y sancionadora del OEFA comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA.

La Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD regula el Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA¹⁹⁷, cuyo artículo 2° establece que los sujetos pasibles de un procedimiento

¹⁹⁶ Siendo así, existen actividades que aunque estén relacionadas a temas ambientales no pertenecen al ámbito de la fiscalización ambiental. Es el caso de la fiscalización en temas de seguridad y salud en el trabajo, la regulación de los servicios de saneamiento, los asuntos sanitarios, entre otros. Asimismo, las actividades de inspección realizadas *ex ante* por las autoridades para el otorgamiento de autorizaciones administrativas de carácter ambiental y las obligaciones asumidas en el marco de dichos procedimientos no constituyen fiscalización ambiental.

¹⁹⁷ Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA-CD, publicada el 13 de diciembre del 2012, se aprobó el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, el cual regula el procedimiento empleado para investigar y determinar la existencia de infracciones administrativas, así como para imponer sanciones y dictar medidas cautelares y correctivas. Asimismo, el 7 de abril de 2015 se publicó el Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.

administrativo sancionador ambiental son las personas naturales o jurídicas, los patrimonios autónomos, las sociedades irregulares, formas asociativas de empresa u otro tipo de sujeto de derecho que desarrollan actividades económicas sujetas al ámbito de fiscalización ambiental de competencia del OEFA, esto es, mediana y gran minería, hidrocarburos, electricidad, pesquería e industria¹⁹⁸.

Las instancias administrativas a cargo de los procedimientos administrativos sancionadores son la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI) como primera instancia y el Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) como segunda y última instancia administrativa. Una vez agotada la vía administrativa, el infractor tiene derecho de recurrir al Poder Judicial a través de un proceso contencioso administrativo, conforme lo establece el artículo 218° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

De acuerdo con lo establecido en la Ley N° 29325, modificada por la Ley N° 30011, el OEFA puede dictar las siguientes medidas: (i) Amonestación (sanción no monetaria); (ii) Multas de hasta 30 000 UIT (sanción monetaria); (iii) Decomiso temporal o definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción; (iv) paralización o restricción de la actividad causante de la infracción; (v) suspensión o cancelación del permiso, licencia, concesión o cualquier otra autorización, según sea el caso; (vi) clausura parcial o total, temporal o definitiva, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la infracción.

Asimismo, el OEFA podrá disponer de medidas correctivas cuyo objetivo es “revertir” o “disminuir en lo posible” el efecto nocivo de la

¹⁹⁸ Para un estudio más profundo sobre el procedimiento administrativo sancionador ambiental a cargo del OEFA, véase “El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental”. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Lima, 2013.

Disponible en: <www.oefa.gob.pe>

conducta infractora, buscan corregir los efectos negativos de la infracción sobre el bien jurídico protegido, reponer el estado de las cosas a la situación anterior al de la comisión de la infracción¹⁹⁹. Además, este organismo está facultado para dictar medidas cautelares, antes o una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador, y tienen la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución final y evitar daños irreparables²⁰⁰.

Ahora bien, respecto a las EFA nacionales, regionales (Gobiernos) y locales (municipalidades), estas son entidades públicas con facultades para desarrollar funciones de fiscalización ambiental. Algunas EFA no tienen competencia para sancionar, pero sí para supervisar el cumplimiento de las obligaciones ambientales en el ámbito de su competencia. Si bien las EFA ejercen sus funciones de manera independiente y autónoma en relación con el OEFA, en tanto se rigen por sus normas propias (por ejemplo, la Ley Orgánica de Municipalidades establece las funciones que deben cumplir las municipalidades en materia ambiental), sí deben cumplir con los lineamientos y directivas que el OEFA emita en su calidad de ente rector del SINEFA²⁰¹.

Partiendo de ello, resulta conveniente mencionar la importancia de la participación de la Dirección General de Minería (DGM) del Ministerio de Energía y Minas (MINEM) en cuanto la fiscalización

¹⁹⁹ Separata Especial del diario oficial El Peruano. “Lineamientos para la aplicación de medidas correctivas previstas en el literal d) del numeral 2 del artículo 22° de la Ley N° 29325-Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental”. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Lima, 2013, pp. 19 y 20.

Consultado: 25 de abril de 2015.

Disponible en: < http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=6840>

²⁰⁰ Ibídem, p. 23.

²⁰¹ La presente explicación se puede encontrar en la cartilla denominada “El abc de la fiscalización ambiental”. Segunda edición. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), Lima, 2014, pp. 19 y 20.

Disponible en: <www.oefa.gob.pe>

Consultado: 25 de abril de 2015.

ambiental en materias de pequeña minería y minería artesanal, estén o no acreditadas como tales, así como a la minería informal e ilegal dentro de su ámbito de jurisdicción²⁰². Asimismo, destaca la intervención de las municipalidades en los casos de la contaminación acústica o en el tratamiento de los residuos sólidos en las zonas urbanas, conforme lo señala la Ley Orgánica de Municipalidades. De esta manera, ambas EFA pueden aplicar sanciones ante el incumplimiento de este tipo de obligaciones de carácter ambiental.

En este sentido, la Ley del SINEFA ha otorgado al OEFA la función de supervisar a las EFA, pero no de sancionarlas. Por ello, el OEFA no puede aplicar amonestaciones o multas a las EFA o a sus funcionarios. Sin embargo, si el OEFA, en sus supervisiones a las EFA, determina que sus funcionarios no ejercen de manera adecuada y oportuna las funciones de fiscalización ambiental a su cargo, o que no están cumpliendo las disposiciones emanadas del OEFA comunicará dicha situación a la Contraloría General de la República para que se adopten las medidas legales que correspondan²⁰³.

Conforme a lo expuesto, este sería el panorama general del procedimiento sancionador ambiental del OEFA y las EFA; no obstante, no podemos culminar este apartado sin mencionar la situación actual del OEFA respecto a su potestad sancionadora. El 12 de julio de 2014 se publicó la Ley N° 30230, Ley que establece las medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, la cual estableció en su artículo 19^o²⁰⁴ que, durante un periodo de tres (3) años contados a partir de la

²⁰² Sobre el desempeño de las EFA en estas materias, véase “Informe de Fiscalización Ambiental a la pequeña minería y minería artesanal. Informe 2013, índice de cumplimiento de los gobiernos regionales”. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Lima, 2014.
Disponible en: < http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=8368>

²⁰³ *Ibíd.*, p. 19.

²⁰⁴ Ley N° 30230, Ley que establece las medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2014.

vigencia de la referida ley, el OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental. Así, durante dicho periodo el OEFA tramitará procedimientos excepcionales y si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora.

En términos más simples, el OEFA no podrá imponer sanciones durante un periodo de tres (3) años, solo estará facultado para dictar medidas preventivas y correctivas, excepto cuando se trate de: (i) infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada; (ii) actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas; y (iii) reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción²⁰⁵. En estos casos, el OEFA iniciará el procedimiento sancionador respectivo. En el siguiente apartado realizaré algunos comentarios sobre esta norma de “reactivación económica”.

Artículo 19°.- Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras.

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho periodo, el OEFA tramitara procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora (...)

²⁰⁵ Con la finalidad de establecer las reglas jurídicas que faciliten la aplicación del artículo 19° de la Ley N° 30230, el OEFA expidió la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD, publicada el 24 de julio de 2014.

3. Toma de postura: *¿Es suficiente la gestión ambiental de prevención, control y sanción para la protección del ambiente en el Perú? ¿Es necesaria la intervención penal ambiental?*

Una vez expuestas las principales funciones del Derecho administrativo ambiental en cuanto a la protección de ambiente, cabe señalar que la gestión ambiental en el Perú ha presentado mejoras, sin embargo aún persisten serios problemas que pueden llevar a afirmar que todo este sistema administrativo no es suficiente para proteger al ambiente, la salud y calidad ambiental. A continuación, analizaré los principales problemas que presentan las medidas preventivas por parte del Estado e intentare dar una posible solución a los mismos. Asimismo, analizaré si basta con la intervención del mecanismo de reacción administrativo ante las conductas ambientales reprochables, o si por el contrario es necesaria la intervención penal en determinados casos.

3.1. Mecanismos de prevención y control

Con relación a estos mecanismos, hemos mencionado que los principales instrumentos del Estado para la protección del ambiente, la vida y la salud de las personas son: (i) la normativa ambiental; (ii) la autorización para el ejercicio de actividades económicas, y (iii) los instrumentos de gestión ambiental propiamente dichos como los EIA (de tipo preventivo) y los LMP y ECA (de tipo control).

En cuanto a la normativa ambiental peruana, esta presenta dos dificultades, la primera es que existe una abundante regulación administrativa sobre la materia, debido a que la fiscalización ambiental aún tiene un enfoque sectorial pese a la implementación del SINEFA²⁰⁶,

²⁰⁶ La sectorialización de cierta forma genera una desconfianza, pues al regular sus propias normas y a su vez resolver aquellos casos que infringen esas normas, hace que jueguen el papel de “juez y parte”. De esta manera, “la población considera que las autoridades ambientales sectoriales tienen incentivos contrapuestos, ya que una misma autoridad se encarga de promover el desarrollo productivo de sus sector, aprobar el EIA del proyecto y, finalmente, fiscalizar su cumplimiento y proteger el ambiente, cuando

lo cual conlleva a veces que el efecto sea contrario al perseguido, pues hace difícil el conocimiento de las normas, y por tanto su cumplimiento, y la segunda, es que aún no se han regulado normativamente algunas actividades económicas en materia ambiental, lo que genera la realización de una fiscalización al vacío. Así, una posible solución a este problema sería contar con un marco legal claro, ordenado y coherente a nivel sustantivo y procedimental.

A nivel sustantivo, se debe identificar las obligaciones ambientales sujetas a fiscalización, así como contar con la autoridad competente que se encargue de dicha fiscalización, actualizar las normas de protección ambiental de los sectores, regular los LMP en los sectores de agricultura, salud, vivienda, construcción y saneamiento, pues como se ha mencionado no se puede fiscalizar y mucho menos sancionar si no existe una norma que regule el límite de contaminación permitido²⁰⁷. En el plano procedimental, se debe implementar la coordinación entre las EFA y el OEFA como ente rector, a fin de unificar criterios al momento de elaborar los informes técnicos, de elaborar normas, fiscalizar e imponer sanciones.

Respecto a las autorizaciones para la realización de actividades, se han presentado serias dificultades al momento de otorgar las mismas,

finalmente a estas autoridades se las evalúa por las metas asociadas al fomento de la inversión privada y el desarrollo de su sector”. Cfr., CALLE VALLADARES, Isabel. “La fiscalización ambiental en el Perú: El largo e incompleto proceso para transitar de lo sectorial a lo sistémico”. En, *Fiscalización ambiental, recomendaciones para un fortalecimiento integral*. Primera edición. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), Lima, 2015, p. 21.

²⁰⁷ Actualmente, los sectores regulados son: Minería, Hidrocarburos, Electricidad, Transporte, Industria, Comunicaciones, Hidrocarburos, Pesquería y Saneamiento. Sin embargo, cabe señalar que si bien están regulados los LMP en estos sectores, no lo están en todas las conductas ambientales, por ejemplo, en el subsector hidrocarburos se encuentra regulado los LMP para efluentes y emisiones pero no para ruidos; lo mismo sucede en los demás sectores.

pues se han visto casos en los que los administrados ejecutan sus actividades excediendo lo establecido en la autorización. Asimismo, puede ocurrir que se realicen actividades sin la autorización correspondiente, ambas situaciones generan la contaminación sin límites al ambiente. De ahí, que se entienda la finalidad preventiva de las autorizaciones ambientales, pues a través de estas el Estado delimita las acciones que el administrado debe realizar, así, quien obtenga la autorización de exploración minera no podrá realizar de ninguna manera acciones de explotación, pues para ello se requiere otra autorización.

En cuanto a los instrumentos de gestión ambiental de tipo preventivo, el EIA es uno de los más importantes, pues contempla todos los compromisos a los que se encuentran sujetos los administrados, cuyo cumplimiento es exigible por la autoridad competente. Sin embargo, últimamente estos instrumentos han sido aprobados sin la verificación respectiva por parte de las autoridades, pues otorgan la certificación ambiental sin previamente realizar actividades de supervisión en sus instalaciones o sin analizar si las actividades que se van a realizar pueden perjudicar gravemente al ambiente y sobre todo la situación de las generaciones futuras.

La minería ilegal es uno de los más grandes ejemplos que reflejan la situación actual de la gestión ambiental, toda vez que presenta los problemas antes expuestos, ya que se realiza en contravención al Estado de Derecho siendo un riesgo para el ambiente en la medida que: (i) se realiza sin autorización; (ii) sin instrumentos de gestión ambiental imposibilitando conocer los impactos ambientales que causa la actividad minera; (iii) no se puede prevenir los impactos a través de mecanismos de mitigación o remediación ambiental; y, (iv) se utiliza sustancias contaminantes sin cumplir con los procedimientos requeridos para la protección y el cuidado ambiental. Esta actividad minera opera al margen de la ley y desconoce las normas de protección al ambiente, lo que

genera un gran riesgo no solo para el ambiente sino también para la salud de las personas²⁰⁸.

Asimismo, considero que el Estado debe promover un régimen de incentivos y de buenas prácticas, a fin de estimular a las empresas a que reduzcan la contaminación o degradación ambiental que realizan como consecuencia de sus actividades empresariales. En tal sentido, debe ser una política expresa del MINAM promover su difusión a través del Registro de Buenas Prácticas. Actualmente, el OEFA, en virtud de la Resolución Ministerial N° 167-2014-MINAM, está implementando un Régimen de Incentivos y de Buenas Prácticas²⁰⁹, el cual “premiará con incentivos a aquellas medidas o procesos que por iniciativa del titular de la actividad son implementadas y ejecutadas con la finalidad de reducir y/o prevenir la contaminación ambiental y la degradación de los recursos naturales incentivos, más allá de lo exigido por la normatividad aplicable o la autoridad competente”²¹⁰. Estos incentivos son de dos tipos: incentivos honoríficos (Ranking de Excelencia Ambiental Anual) e incentivos económicos (Certificado de Descuento sobre multas). De esta manera, habrá que esperar que este régimen cumpla con el objetivo principal: promover a los administrados a cumplir con las normas ambientales e incluso promover el sobrecumplimiento de la normativa que protege el ambiente y así disminuir la contaminación ambiental.

²⁰⁸ Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Informe de Fiscalización Ambiental a la pequeña minería y minería artesanal. Informe 2013, índice de cumplimiento de los gobiernos regionales, Lima, 2014, p. 10.

Disponible en: <<http://www.oefa.gob.pe/publicaciones/fiscalizacion-mineria-pequena-artesanal>>

²⁰⁹ Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2014-OEFA/CD publicada el 25 de agosto del 2014 se aprobó el Reglamento del Registro de Buenas Prácticas Ambientales y a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2014-OEFA/CD publicada el 18 de diciembre del 2014 se aprobó el Reglamento del Régimen de Incentivos.

²¹⁰ Véase el Informe sobre el Registro de Buenas Prácticas Ambientales y el Régimen de Incentivos a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Disponible en: <http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=14366>.

Por otro lado, las medidas de prevención adoptadas por los particulares deben estar a cargo no solo por las empresas sino también por los ciudadanos. Estos deben ejercer, individuales o colectivamente organizada, de manera informada y responsable su derecho-deber de vigilancia y control ciudadano, velando por el cumplimiento de las obligaciones ambientales que corresponden a los titulares de actividades económicas que puedan provocar impactos ambientales negativos, así como también para que los entes públicos ejerzan sus atribuciones ambientales, pero en todos los casos ejerciendo sus derechos de participación, acceso a la información, justicia y decisiones, usando los cauces institucionales previstos y sin afectar el orden público, ni perjudicar la salud, vida, actividades, bienes y servicios públicos o privados²¹¹.

3.2. ¿Y la facultad sancionadora en el Derecho administrativo ambiental peruano?

Sobre el particular, nos centraremos en lo establecido en la Ley N° 30230, mediante la cual el OEFA durante un periodo de tres (3) años no impondrá sanciones y privilegiará las medidas preventivas y correctivas. Respecto a estas medidas, no cabe duda que el OEFA debe tener como función principal la prevención y corrección de los ilícitos ambientales, pues permiten una intervención *ex post* funcional de manera eficaz. Sin embargo, hasta la fecha la mayoría de medidas que ha impuesto el OEFA son de carácter correctivo y no preventivo, considerando que en el ámbito de lo ambiental, los daños pueden ser irreversibles e irreparables una vez que estos han sucedido.

Además, es importante tener en cuenta que las medidas correctivas y las medidas sancionadoras no tienen que ser excluyentes entre sí, sino más bien son complementarias, lo que no quiere decir que responden al mismo objetivo. Por un lado, las medidas sancionadoras tienen naturaleza

²¹¹ Vid. ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. “La institucionalidad ambiental que necesitamos”. *Revista Advocatus* N° 25. Universidad de Lima. Lima, 2014, p. 93.

represiva como consecuencia de un comportamiento legalmente incorrecto o prohibido, mientras que las medidas correctivas intentan retrotraer los efectos hasta antes de que se cometieran los ilícitos, por lo que no constituyen una sanción ni un castigo. Ambas tipos de medidas son importantes, no obstante, con el solo establecimiento de las medidas correctivas no se logrará el objetivo primario de la fiscalización ambiental, es decir, que se realicen conductas infractoras²¹². Asimismo, el solo adoptar medidas correctivas sería contrariar la política ambiental del régimen sancionatorio de la Ley General del Ambiente en aras de una política de gobierno.

En este sentido, considero que estas medidas de “reactivación económica” generan un desequilibrio entre el desarrollo económico y la protección del ambiente, toda vez que este tipo de decisiones son una manifestación de que el Estado favorece a la economía antes que a la protección del ambiente, pues el OEFA tendrá que esperar a que suceda un daño grave y real, lo cual es muy difícil de comprobar, para imponer una sanción, dejando impune una serie de conductas que pueden causar un perjuicio al ambiente y haciendo que los administrados no sean castigados por el incumplimiento de sus obligaciones, pues la imposición de medidas correctivas no tienen la naturaleza de un castigo ante la conducta infractora del administrado sino que es la obligación de corregir su mala praxis.

Asimismo, se debe tener en cuenta que si el OEFA no impone las sanciones correspondientes ante las infracciones ambientales, la sociedad encontrará en el Derecho penal ambiental el mecanismo capaz de sancionar todo tipo de ilícitos ambientales, cuando en realidad es el Derecho administrativo el primer filtro para sancionar las conductas ambientales, recurriendo al Derecho penal solo para las conductas más graves.

²¹² En este sentido, CALLE VALLADARES, Isabel. “La fiscalización ambiental en el Perú: El largo e incompleto proceso para transitar de lo sectorial a lo sistémico”, op. cit. p. 24.

En este contexto, se puede concluir que hoy por hoy en determinados casos el Derecho administrativo ambiental no será suficiente para la protección ambiental. Así, el Derecho penal ambiental será un mecanismo de reacción necesario ante los ilícitos ambientales de peligro concreto, por ejemplo, y por supuesto en los casos de lesividad, toda vez que no es posible “bagatelizar” hechos gravemente dañosos, evitando a los culpables de cualquier impacto con la justicia penal, y además, haciendo pagar el precio de sus comportamientos ilícitos a la misma colectividad²¹³.

De este modo, si bien el primer nivel de control está constituido, desde luego, por la Administración, es indispensable que esté seguido de un nivel de control adicional y eficiente, que sólo podrá ser asumido por el Derecho penal²¹⁴. Así, SCHÜNEMANN respecto a la intervención administrativa señala que “cabe preguntarse quién vigila a los vigilantes: naturalmente, el Derecho penal. Y para llevar esta afirmación un poco más al extremo: ¿dónde podría ser más necesario el Derecho penal que en la protección del medio ambiente y, con ello, en la protección de las condiciones para que todos los demás bienes jurídicos puedan sobrevivir y prosperar?”²¹⁵. Siendo ello así, es conveniente mencionar que así como las conductas graves contra el ambiente, que pueden ser de peligro concreto o lesividad, merecen la intervención del Derecho penal, se necesitará este mecanismo para castigar aquellos actos que ponen en serio peligro nuestra calidad de vida, lo que quiere decir que ante las conductas menos gravosas se necesitará la intervención administrativa a través de la imposición de sanciones y en virtud del principio de subsidiariedad, y no al revés.

Finalmente, debo mencionar que la intervención del Derecho penal en el ámbito ambiental resulta necesario para la protección del ambiente

²¹³ En el mismo sentido MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio. “Derecho Penal “Mínimo” y nuevas formas de criminalidad”, op. cit. p. 162.

²¹⁴ Vid. SHUNEMANN, BERND. “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente”, op. cit., p. 223.

²¹⁵ *Ibídem*.

y con ello la salud y calidad ambiental, de las generaciones presentes y también futuras, toda vez que se debe transmitir a otras generaciones el espacio físico que hemos recibido, en las mejores condiciones. Y, además porque quien actúa contra el bien jurídico ambiente, no solo contradice la Administración, sino que como bien lo afirma JAKOBS “toma lo que no le corresponde, roba a la generalidad la- relativa- pureza del ambiente”²¹⁶, por lo que, las conductas contra el ambiente si bien deben ser previstas por la Administración, no se deben agotar en los intereses de esta.

4. Protección penal ambiental

Como se explicó en el apartado precedente, la normativa ambiental necesitará técnicas que aseguren su cumplimiento. Entre las cuales se encuentran las de carácter preventivo, en concreto, el régimen de autorización y el control real de las actividades. En el caso de que se produzca una infracción de los preceptos que establecen cómo ha desarrollarse la actividad o los límites de emisión permitidos, entraran en juego las sanciones. Estas sanciones, por regla general, serán de tipo administrativo, cuya eficacia debería ser tan contundente que haga surgir dudas sobre la necesidad de otro tipo de sanciones, como las penales, pues se caracterizan por ser impuestas con mayores garantías procedimentales, no obstante, se ha visto que actualmente la potestad sancionadora en el ámbito ambiental se encuentra suspendida. Por último, habrán determinadas conductas que se consideren merecedoras del castigo más grave, al menos teóricamente, que puede imponer el Estado: la sanción penal.

La necesidad de protección penal es aceptada mayoritariamente debido a que, por un parte, se reivindica la idoneidad del control penal, mientras que por otras se constata la insuficiencia de los medios de

²¹⁶ Cfr. JAKOBS, Günther. “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En: *El sistema funcionalista del Derecho penal*. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho penal. Editorial Grijley. Lima, 2000, p. 56.

control informales como la educación o el mercado, y formales, especialmente por las limitaciones preventivas del Derecho administrativo y el carácter meramente indemnizatorio del Derecho civil asentado en el principio contaminador-pagador²¹⁷. De esta manera, el hecho de que la sanción penal sea el último instrumento del Estado, cuyo uso solo es legítimo cuando los demás se muestran insuficientes, no significa que en todos los casos la misma vaya precedida de medidas no penales, cuyo fracaso provoca la actuación del Derecho penal²¹⁸.

La sanción penal tiene como finalidad restaurar un orden de cosas tal y como lo regula el Derecho administrativo, pero que éste, con las solas medidas preventivas, no ha sido capaz de mantener, siempre que la gravedad de la infracción se considere merecedora de la sanción penal y no de meramente administrativa²¹⁹. Por esta razón, es que el legislador y el operador jurídico (fiscales y jueces) deben intentar conectar la regulación penal y la regulación administrativa, con el fin de lograr un sistema ordenado y global de tutela que se inicie con controles sociales primarios derivados de la propia conciencia social de la nocividad de determinadas conductas, pase por una gradual escala administrativa de permisos, prohibiciones y sanciones y, finalmente, se complete con el recurso a la intervención penal ante los atentados más graves, fracasados los restantes sistemas de control²²⁰.

Sin embargo, ante toda esta exposición siempre surge la pregunta de cuáles son los criterios que deben tenerse en cuenta para delimitar una sanción administrativa de una penal, esta situación que ha dado lugar al

²¹⁷ Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 40 a 42.

²¹⁸ Vid. RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*. op. cit., p. 123.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, op. cit. p. 18.

desarrollo de las teorías cuantitativa y cualitativa de los ilícitos ambientales.

Con relación a la primera, gran parte de la doctrina sostiene que el único criterio posible para delimitar la intervención administrativa de la penal es el de la gravedad²²¹, se utiliza un elemento gradual con el que se pretende escindir la gravedad del delito de la levedad de la infracción, para que en el caso concreto pueda legítimamente intervenir el *ius puniendi* en la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo como el ambiente. Entre injusto penal y administrativo no existe una diferencia sustancia sino gradual²²². En esta misma línea se sitúa MUÑOZ LORENTE, quien desde el ámbito de los delitos ambientales, considera que las sanciones administrativas y penales protegen un mismo bien jurídico desde diferentes aristas, pero desde una misma línea de ataque al bien jurídico, por lo cual, sostiene que en ambas áreas del Derecho se tipifican conductas idénticas, cuya diferenciación se funda en el *nivel de gravedad o afectación* al medio ambiente²²³.

En cuanto al criterio cualitativo, un sector minoritario de la doctrina considera que el criterio cuantitativo no basta sino que debe

²²¹ Vid. RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*. op. cit., p. 115; CASTILLO ALVA, José Luis. Principios de Derecho Penal, op. cit., p. 237; HERRERA GUERRERO, Mercedes. “Derecho penal medioambiental y accesoriedad administrativa en la configuración de algunos delitos en el Código Penal español. Inconvenientes y propuestas de solución”, op. cit., p. 57; HUERTA TOCILDO, Susana. “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios” en Díez Ripollés (Ed.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje a Cerezo Mir, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, pp. 39 y 40; entre otros.

²²² Vid. BALBUENA SOTO, Lorena. *La protección de los sistemas naturales y bases naturales de la vida humana. Análisis de la legislación penal española y paraguaya*. Tesis doctoral, Getafe, 2012, p. 260.

²²³ Vid. MUÑOZ LORENTE, J.: *La nueva configuración del principio non bis in ídem (Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental*. Editorial Ecoiuris, Madrid, 2001, p. 79.

existir un criterio punitivo o de exclusiva aplicación de penas por el Derecho penal²²⁴. Otros sostienen que la diferencia radica en que la potestad administrativa sancionadora se fundamenta en la relevancia de la finalidad protectora del orden administrativo, mientras que la potestad punitiva orienta a proteger el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador en la persona del delincuente²²⁵; o que la pena se dirige a la persona en cuanto ser inteligible, al que trata como ser racional, dándole a su comportamiento delictivo una pretensión de validez y asignándole a la pena la función de negar tal validez, mientras que la sanción administrativa se dirige al infractor como ser sensible al que procura orientar por medio de estímulos externos negativos (como las multas) a actuar correctamente en determinado sector social²²⁶.

5. Toma de Postura

Si hemos dicho que es necesaria la intervención del Derecho penal ante las conductas más graves que perjudican o pueden perjudicar la estabilidad de los ecosistemas y por ende la salud y calidad ambiental, es preciso, colocarnos en el siguiente supuesto: En la ciudad de Carhuaz (Ancash) se encuentra la operación minera “XY” y el 25 de enero de 2014 el estanque donde se mantenían los residuos metálicos tóxicos colapsó y dichos vertidos llegaron al río Santa y a los acuíferos de la zona, lo que produjo graves daños al ecosistema perjudicando los

²²⁴ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho penal español. Parte general*, op. cit., p. 26.

²²⁵ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El problema jurídico de las sanciones administrativas”. En: *Revista española de Derecho administrativo*, N° 10, 1976, p. 399.

²²⁶ Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*, op. cit., p. 136. Sobre el particular, cabe señalar que la teoría del profesor GARCÍA CAVERO tiene como punto de partida la vigencia de la norma o el restablecimiento de la norma defraudada por la conducta del infractor. A diferencia de ello, en el presente trabajo hemos establecido que la función del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos.

cultivos ribereños de los agricultores, de los cuales estos se alimentan. Al respecto, la autoridad ambiental determinó que efectivamente se ocasionó un daño grave y real al ambiente, y los cultivos que tuvieron contacto con la sustancia contaminante, vienen siendo consumidos por los pobladores.

Ante esta situación, el OEFA, tendría la facultad de imponer una sanción monetaria de hasta de 30 000 UIT, sin mencionar que se pueden dictar medidas correctivas de cierre definitivo de las instalaciones de la actividad. Por su parte, si estamos ante un supuesto de daño real grave, el Derecho penal también debe intervenir. Es en este escenario, donde nos preguntamos si realmente la diferenciación entre una y otra sanción es de carácter cuantitativa. Como hemos visto en el apartado anterior, la doctrina es mayoritaria al momento de inclinarse por el criterio de la gravedad de la conducta, sin embargo, considero que debe existir un factor cualitativo que marque la diferencia entre el delito y la infracción administrativa, pues de lo contrario no tendría sentido la existencia del Derecho penal ambiental. Este criterio además permitirá que ante un hecho catastrófico ambiental se sancione solo penalmente, evitando la imposición de una doble sanción (*non bis in ídem*).

En cuanto al criterio cualitativo, GARCÍA DE ENTERRÍA efectivamente, habla de una diferenciación cualitativa, fundamentada inicialmente por los fines de la potestad punitiva. El autor parte de un *criterio formal*, que sustenta la diferencia en base a la naturaleza de la autoridad que imponen dichas sanciones y sus respectivos ámbitos de aplicación. Así, la diferencia deberá ser cualitativa, pues la potestad administrativa sancionadora se fundamenta en la relevancia de la finalidad protectora del orden administrativo, que se manifiesta en primer lugar como un control endógeno de la propia Administración, cuyo efecto tiene alcance a quienes están directamente relacionados con su organización o funcionamiento. Y, en segundo lugar, se manifiesta como un mal infligido por la Administración a un administrado. Los fines de la potestad punitiva, en cambio, se orienta a proteger el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente un fin retributivo,

eventualmente correctivo o resocializador en la persona del delincuente²²⁷.

Sin embargo, en otro trabajo realizado por este autor referido a las diferencias entre el injusto criminal y el injusto sancionador administrativo, ha llegado a la conclusión desde el marco del Derecho Administrativo sancionador, que «solo la política-criminal explica la opción del legislador entre tales vías represivas»²²⁸, porque aquella tiene como objetivo “la cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad”²²⁹. Desde mi punto de vista, comparto que la sanción administrativa lo que intenta es mantener el orden administrativo, no obstante, considero que en materia ambiental, la Administración no solo busca su correcto funcionamiento y organización sino que también busca la protección del bien jurídico, e incluso fundamenta sus decisiones en base a la afectación del ambiente.

Esta es la situación actual en el Derecho penal ambiental, en todo caso como se ha venido haciendo hasta ahora en el escenario ambiental, el operador jurídico seguirá aplicando el criterio de la gravedad, pues así lo dispone el artículo 304º del Código Penal peruano cuando establece que se sancionarán las acciones que causen o puedan causar un *perjuicio grave al ambiente y sus componentes, la salud y calidad ambiental*. No obstante, queda en pie la tarea de continuar investigando sobre este tema, pues resulta importante delimitar un criterio que permita la protección penal del bien jurídico y a su vez evite la imposición de la doble sanción (administrativa y penal).

²²⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, op. cit., p. 399.

²²⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo*. Tomo II. Décima edición. Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 168.

²²⁹ Vid. ROXIN, C.: “Acerca del desarrollo reciente de la política criminal”. En, *Cuadernos de política criminal* N° 48. Universidad Complutense de Madrid, Instituto de criminología. Madrid, 1992, p. 795.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La política criminal cumple una doble función mediante el Derecho penal. Por un lado, determina los lineamientos que deben seguirse para prevenir las conductas delictivas, erradicar la criminalidad, y por otro, brinda los principios político-criminales (subsidiariedad, fragmentariedad, última ratio, etc.) como garantías respecto a la intervención del Derecho penal en la esfera de libertad ciudadana. En tal sentido, la política criminal determina la necesidad o no de la intervención penal para evitar las conductas ilícitas que afecten los bienes jurídicos protegidos, como la vida, integridad corporal, el patrimonio; de ahí que se identifica con la función del Derecho penal en cuanto a los fines de la pena, toda vez que a través de la misma se busca prevenir aquellas conductas que vulneren los bienes jurídicos protegidos.

SEGUNDA.- El desarrollo económico ha creado nuevos focos de riesgo que constituyen un peligro para los bienes jurídicos personalísimos. El ambiente es valorado como crucial en la sociedad de riesgo, y es que mediante un ambiente equilibrado, se protegen las condiciones de vida, salud e integridad física de las personas; no solo de una persona sino de toda una colectividad, no solo de las generaciones presentes sino también de las generaciones futuras. Por ende, el Derecho penal también debe intervenir para prevenir la afectación de estos bienes jurídicos llamados colectivos, supraindividuales y/o universales.

TERCERA.- Al momento de analizar si las conductas que lesionan al ambiente son merecedoras de pena, debe previamente precisarse el bien jurídico penalmente tutelado, ya que un fundamento político-criminal importante para castigar ilícitos ambientales en el ámbito penal, se encuentra en la delimitación clara del bien jurídico que se intenta proteger, por lo tanto es necesario adoptar un concepto de “ambiente” en el ámbito penal, que siga los criterios de merecimiento y necesidad de pena.

En nuestro ordenamiento se aprueba la concepción intermedia de ambiente, la cual se conoce como “ambiente natural” (agua, aire, suelo, flora y fauna), prescindiendo del ambiente artificial y social, los cuales tienen un tratamiento distinto en nuestra Constitución. Sin embargo, esta postura no ha sido adoptada con uniformidad por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al igual que la definición de ambiente establecida en la Ley General del Ambiente. Por esta razón, a mi juicio, debe analizarse también lo que el Código Penal considera como “ambiente” al momento de regular los delitos ambientales, en especial, lo establecido en el artículo 304° del CP, delito de contaminación ambiental, toda vez que hace referencia a los factores naturales tales como la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas; elementos que su vez estarían interrelacionados con la calidad o salud ambiental, es decir, adopta la postura intermedia de ambiente.

No obstante ello, cabe precisar que el ambiente natural proporciona únicamente el sustrato físico sobre el que se edifica el bien jurídico pero no se identifica con este. Los elementos naturales son el objeto material del delito pero no constituyen en sí mismo el bien jurídico penalmente protegido.

CUARTA.- La protección del ambiente tienen un carácter autónomo en relación con los individuos, lo que no implica un divorcio entre ambas realidades normativas, pues los bienes colectivos, como el ambiente, son bienes que inciden en el funcionamiento del sistema, y por ende se encuentran al servicio de bienes jurídicos individuales como la

vida humana o la salud. Además, adoptar una tesis monista individualista respecto al ambiente, significaría que cuando se lesione al ambiente y a sus componentes y no a la vida e integridad física de las personas, dichas conductas configurarían tan solo infracciones administrativas; en tal sentido, si solo se espera la lesión de los bienes jurídicos individuales, la función preventiva del Derecho penal quedaría en el vacío.

Por otro lado, la protección del ambiente tampoco tendría sentido si se desentiende de las condiciones en las que se desarrolla el hombre, por ello es que se protege la salud y calidad ambiental mediante la protección de los elementos naturales, tal como se expresa en el artículo 304° del CP; por lo que, la teoría dualista tampoco resulta convincente.

QUINTA.- Sobre la finalidad de la protección del ambiente, se adopta la tesis intermedia (antropocentrismo moderado), la cual entiende que el ambiente es un bien jurídico autónomo digno de tutela, pero que se protege porque es fundamental para el desarrollo de la vida de las personas, es decir, la *ratio ultima* de su merecimiento de protección radica en la integridad de los intereses humanos. Así, la coexistencia de la orientación antropocéntrica y ecocéntrica permite entender que la finalidad de la protección ambiental es mantener las condiciones naturales para la vida humana presente y futura, pero que ello no implica discriminar a los elementos naturales como el agua, el aire, el suelo, la flora y la fauna.

La tesis de los bienes jurídicos intermedios e institucionales (ambos bienes jurídicos colectivos) permite fundamentar la autonomía del bien jurídico ambiente y a su vez la razón por la cual merece su protección, toda vez que como bien jurídico institucional, la protección del ambiente implica al mismo tiempo la protección de un entorno adecuado para el desarrollo de las personas, lo que incluye contar con un espacio (ambiental) apto para el desenvolvimiento de éstas, lo que conlleva, a su vez, a tener una vida saludable; es así, que cuando el Código penal mediante su artículo 304° proteja al ambiente o sus componentes, tutela también la calidad o salud ambiental, ambas categorías (“calidad” y

“salud” ambiental) hacen referencia a las condiciones generales ambientales en las que el hombre debe vivir. Y en cuanto a bien jurídico intermedio, resulta aún más justificable la protección del ambiente pues afectan la vida o integridad física de las personas a consecuencia de una conducta ilícita ambiental; para ello se ha regulado el tipo penal agravado recogido en el artículo 305° CP, en este escenario se podría decir que el bien jurídico ambiente tendrá una participación intermedia.

Por lo tanto, para la configuración del delito de contaminación ambiental establecido en el artículo 304° del CP no es necesario la comprobación de una lesión grave de las personas y mucho menos la muerte de las mismas, bastará con la lesión o puesta en peligro grave del ambiente pues esto conlleva al perjuicio de la salud y calidad ambiental.

SEXTA.- El bien jurídico penalmente protegido en el artículo 304° del Código penal es la estabilidad de los ecosistemas, definido como la suma de bases naturales de la vida humana, dentro del cual encuentran la protección de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, impidiendo que el sistema ecológico sufra alteraciones perjudiciales, siendo un bien jurídico de naturaleza universal. De esta manera, no se protegen los elementos naturales de manera aislada sino más bien se busca la estabilidad o el equilibrio de todos ellos como un conjunto, este conjunto natural, por así decirlo, se relaciona a su vez con los seres humanos.

Así, los elementos naturales son los bienes representativos, los cuales están sujetos a afectación sin que sea necesario investigar algún daño al bien jurídico protegido técnicamente, en este caso, la estabilidad de los ecosistemas. De esta forma, estos bienes representativos son merecedores de protección penal en tanto sean condición indispensable para la estabilidad del ecosistema y con ello a la supervivencia social, dentro de una perspectiva dinámica.

SÉPTIMA.- El Derecho penal se sirve del principio de fragmentariedad, a fin de determinar los comportamientos que requieren de la intervención de este mecanismo de control. Dentro de estas conductas lesivas deben estar sometidas a represión penal las más graves; toda vez que sería evidentemente desproporcionado imponer una sanción tan severa como la penal, por hechos de bagatela o que afecten de modo insignificante el interés que se pretende proteger. El Derecho penal ambiental no debe criminalizar cualquier conducta que vulnere el entorno, sino aquellas que afectan sensiblemente el ambiente y/o salud ambiental, mediante su lesión o puesta en peligro grave.

Para analizar qué conductas ambientales provocan dañosidad social y por tanto, merecen ser castigadas por el Derecho penal ambiental, debe tenerse en cuenta los elementos del delito de contaminación ambiental (objetivos y subjetivos), los cuales son elegidos y ordenados por el legislador penal, y aplicados por el juez al supuesto de hecho.

OCTAVA.- El criterio de necesidad de pena se encuentra íntimamente relacionado con el principio de *ultima ratio*, en especial, con el principio de subsidiariedad, toda vez que, se está legitimado para acudir al Derecho penal cuando el resto de los mecanismos jurídicos se muestren insuficientes. En este sentido, es necesario tener en cuenta los mecanismos extrapenales, tanto preventivos como represivos, a fin de determinar las razones por las cuales deben ser estos los primeros en intervenir ante un ataque ambiental.

Con relación a los mecanismos preventivos, estos deben ser adoptados tanto por el Estado como por los particulares. Por parte del Estado, se encuentran los mecanismos de gestión ambiental de tipo preventivo, entre los cuales destacan: la normativa ambiental, el acto administrativo de la “autorización” y los instrumentos de gestión ambiental como el estudio de impacto ambiental (EIA), los estándares de calidad ambiental (ECA) y los límites máximos permisibles (LMP). Por su parte, los particulares, en especial el sector empresarial, deben cumplir principalmente con los mecanismos de prevención que el Estado le

proporciona y además, deben adoptar medidas de prevención orientadas a controlar, atenuar, minimizar y/o compensar los impactos ambientales negativos frente a toda actividad que implique alteraciones al ambiente, entre los cuales está la ecogestión y ecoauditoría o auditoría ambiental.

En cuanto a los mecanismos represivos, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es quien se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental. Asimismo, este organismo supervisa a las EFA nacionales, regionales (Gobiernos) y locales (municipalidades), las cuales son entidades públicas con facultades para desarrollar funciones de fiscalización ambiental. Respecto a estas, se debe destacar la participación de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas (DGM), la cual tiene un papel importante en cuanto fiscaliza en materia ambiental a las empresas de pequeña minería y minería artesanal, así como a la minería informal e ilegal dentro de su ámbito de jurisdicción; y de las municipalidades por su intervención en los casos de la contaminación acústica o en el tratamiento de los residuos sólidos en las zonas urbanas.

NOVENA.- Los mecanismos de prevención y represión presentan una serie de dificultades que impiden que estos sean suficientes para la protección del ambiente, salud y calidad ambiental. Por ello, el Derecho penal ambiental será un mecanismo de reacción necesario ante los ilícitos ambientales de peligro concreto, por ejemplo, y por supuesto en los casos de lesividad, toda vez que no es posible “bagatelizar” hechos gravemente dañosos, evitando a los culpables de cualquier impacto con la justicia penal, y además, haciendo pagar el precio de sus comportamientos ilícitos a la misma colectividad. Así, se necesitará este mecanismo para castigar aquellos actos que ponen en serio peligro nuestra calidad de vida, teniendo en cuenta que con la protección del ambiente se asegura o la salud y calidad ambiental de las generaciones presentes y también futuras, toda vez que se debe transmitir a otras generaciones el espacio físico que hemos recibido, en las mejores condiciones.

No obstante ello, se encuentra patente el problema de la delimitación de una sanción administrativa respecto a una sanción penal en los ilícitos ambientales, situación que ha dado lugar al desarrollo de las teorías cuantitativa y cualitativa. En nuestro caso, el operador jurídico aplica el criterio de la gravedad (teoría cuantitativa), pues así lo dispone el artículo 304° del Código Penal peruano cuando establece que se sancionarán las acciones que causen o puedan causar un *perjuicio grave al ambiente y sus componentes, la salud y calidad ambiental*. No obstante, queda en pie la tarea de continuar investigando sobre este tema, pues resulta importante delimitar un criterio que permita la protección penal del bien jurídico y a su vez evite la imposición de la doble sanción (administrativa y penal).

BIBLIOGRAFÍA

ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *El delito de Contaminación Ambiental (art. 325º.1 del Código Penal)*. Editorial Comares, Granada, 2004.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “La Protección del futuro y los daños acumulativos”. *RECPC* 04-08, 2002.

ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Segunda Edición. Editorial Proterra, Lima, 2006.

ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. “La institucionalidad ambiental que necesitamos”. *Revista Advocatus* N° 25. Universidad de Lima, Lima, 2014.

ANDÍA VALENCIA, Walter y Juan, ANDÍA CHÁVEZ. *Manual de Gestión Ambiental*. Tercera edición. Editorial Arte y Pluma, Lima, 2013.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “La instrumentación técnico-legislativa de la protección del medio ambiente”. En: *Estudios penales y criminológicos* N° V. Madrid, 1982.

BALBUENA SOTO, Lorena. *La protección de los sistemas naturales y bases naturales de la vida humana. Análisis de la legislación penal española y paraguaya*. Tesis doctoral. Getafe, 2012.

CAFFERATTA, Néstor. “El Principio de Prevención en el derecho Ambiental”. *Revista de Derecho Ambiental; Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. “El delito de contaminación ambiental (artículo 304 del Código Penal)”. *Revista Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica*. Tomo 55. Lima, 2014.

CALLE VALLADARES, Isabel. “La fiscalización ambiental en el Perú: El largo e incompleto proceso para transitar de lo sectorial a lo sistémico”. En: *Fiscalización ambiental, recomendaciones para un fortalecimiento integral*. Primera edición. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), Lima, 2015.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. “Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 25, Edit. LEX NOVA, Madrid, 2008.

CARO CORIA, Carlos. “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs”. En: *Revista Themis* N°35. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997.

CARO CORIA, Carlos. *El derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*. Gráfica Horizonte, Lima 1999.

CARO CORIA, Dino. “*Sociedad de Riesgo*”, *Bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo*. Editorial Ara editores, Lima, 2005.

CARO CORIA, Dino Carlos. “El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho Penal Económico”. En: *Reglas de Imputación Penal en la Actividad Minera y Petrolera*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2013.

CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Primera Edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Sanciones para empresas por delitos contra el Medio Ambiente*. Edit. Civitas. Primera Edición. Madrid, 2002.

FINDLEY, Roger. “La protección penal del medio ambiente en los Estados Unidos de América”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2da Época, núm. 3 (1999).

GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. Información especializada para abogados y jueces. Lima, 2009.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Editorial Jurista Editores, Lima 2012.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*. Editorial Grijley, Lima 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Tercera edición. Jurista Editores, Lima, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “El problema jurídico de las sanciones administrativas”. En: *Revista española de Derecho administrativo*, N° 10, 1976.

GÓMEZ OREA, Domingo. *Estudios de Derecho y Gestión Ambiental*. Editorial Avila, Madrid, 1999.

HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico” (trad. S. Ziffer). En: *Doctrina Penal*, N° 45 a 48. Buenos Aires, 1989.

HERRERA GUERRERO, Mercedes. “Derecho penal medioambiental y accesoriadad administrativa en la configuración de algunos delitos en el Código Penal español. Inconvenientes y propuestas de solución”. *Revista La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* N° 76, Madrid, 2010.

HUERTA TOCILDO, Susana. “Principios básicos del Derecho Penal y art. 325 del Código Penal”. En: *Conferencia pronunciada en el Cuarto Congreso de Justicia Penal sobre Delitos contra el medio ambiente*, Universidad de Huelva, 1999.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Tercera edición. Editorial Grijley, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En: *El sistema funcionalista del Derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho penal*. Editorial Grijley, Lima, 2000.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “Los Delitos Ambientales en el Código Penal Peruano a través de la Reforma Legal N° 29263”. En: *Reglas de Imputación Penal en la Actividad Minera y Petrolera*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2013.

LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *Derecho penal ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico?* Editorial Grijley, Lima, 2011.

LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *Derecho Ambiental Contemporáneo. Crisis y Desafíos*. Editorial Ediciones Legales, Lima, 2011.

LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho ambiental administrativo*. Editorial La Ley. Madrid 2010.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”. En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Libro homenaje a Claus Roxin. Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1995.

MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio. “Derecho Penal “Mínimo” y nuevas formas de criminalidad”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Segunda época, núm. 9, 2002.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Volumen I. Editorial Trivium, Madrid, 2011.

MARTÍN MATEO, Ramón. *El Delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho administrativo*, Revista de estudios de la administración local y autonómica N° 238, 1988.

MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Editorial Comares, Granada, 1997

MIR PUIG, Santiago. “Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del *ius puniendi*”. En: *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. Editorial B de f, Buenos Aires, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Octava edición. Editorial B de f, Buenos Aires, 2009.

MORON URBINA, Carlos. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Décima edición. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

MULLER-TUCKFELD, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”. En: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.); Área Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. española). Granada, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes, GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición. Tirant to Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*. Segunda Edición. Editorial IB de F Ltda, Montevideo, 2003.

MUÑOZ LORENTE, J.: *La nueva configuración del principio non bis in ídem (Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la*

jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental. Editorial Ecoiuris, Madrid, 2001.

OSSANDÓN WIDOW, María. “Eficiencia del Derecho Penal. El caso de los delitos contra el medio ambiente”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXIV, Chile, 2003.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Segunda época, N ° 11, Madrid 2003.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Los Delitos contra el Medio Ambiente*. Editorial RODHAS, Lima, 2010.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Estudios críticos de Derecho penal y política criminal, a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Edit. IDEAS. Lima, 2013.

PRAT GARCÍA, Josep María y Pedro, SOLER MATUTES. *El delito ecológico. Jurisprudencia actual y comentada*. Editorial CEDECS. Barcelona, 2000.

PRITTWITZ, Cornelius. “El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites del Derecho penal”. En: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.); Área Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. española). Granada, 2000.

PRITTWITZ, Cornelius. “La función del Derecho penal en la sociedad globalizada del riesgo: defensa de un rol necesariamente molesto”. En: *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Desarrollo Sostenible y Protección del Medio Ambiente*. Edit. Civitas. Madrid, 2002.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La Contaminación ambiental como delito: aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2006.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Criminalidad Empresarial*. Editorial Gaceta Jurídica Penal y Procesal Penal, Lima, 2012.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “Los Delitos Ambientales en el Código Penal Peruano a través de la Reforma Legal N° 29263”. En: *Reglas de Imputación Penal en la Actividad Minera y Petrolera*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2013.

REGIS PRADO, Luiz. *Bien jurídico-penal y Constitución* (trad. Álvarez Aranda). Editorial Ara Editores, Lima, 2003.

RODAS MONSALVE, Julio César. *Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano*. UNIV. Externado de Colombia. 2005.

RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*. Editorial Colex, Madrid, 1992.

ROXIN, C.: “Acerca del desarrollo reciente de la política criminal”. En, *Cuadernos de política criminal* N° 48. Universidad Complutense de Madrid, Instituto de criminología. Madrid, 1992.

ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, (trad. Muñoz Conde) Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. “El fin del Derecho penal del Estado y formas de imputación jurídico penal”. En: *El sistema modernos del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50° aniversario. Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores y otros. *Tutela Penal Ambiental*. Editorial DYKINSON, Madrid 2000.

SESSANO GOENAGA, Javier. “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico”. *RECPC* 04-11, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Edit. Ábaco. Buenos Aires, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús (ed). “Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”. En: *Política Criminal y nuevo derecho penal*. Edit. BOSH. Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal”. En: *Revista jurídica La Ley* N° 3, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos contra el medio ambiente*. Tirant to Blanch, Valencia, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. IBDEF, Buenos Aires, 2006

SHUNEMANN, BERND. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Universidad Externado de Colombia N° 7, 1998.

SHUNEMANN, BERND. “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente”. En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

SHUNEMANN, BERND. “¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho

penal en un Estado liberal de Derecho. Universidad Externado de Colombia N° 38, 2007.

TARAZONA TRIVEÑO, Hilda y José María, MARIÑO TUPIA. “El Tribunal de Fiscalización Ambiental: Promotor de las garantías en la justicia ambiental”. En: *el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Editorial Rhodas, Lima, 2013.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

TIEDEMAN, Klaus. “El Derecho Penal del ambiente. Cuestiones dogmáticas novedosas”. En: *Derecho penal económico y de la empresa*. Primera edición. Editorial San Marcos, Lima, 1996.

TIEDEMANN, Klaus. *Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental*. Editorial Idemsa, Lima, 1999.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico: parte especial con importantes textos legales y reglamentos*. Editorial GRUJEY, Lima, 2012.

VILLEGAS CASTRO, Mariella del Socorro. “La auditoría interna ambiental frente a los impactos ambientales en el Perú”. En: *XXII Congreso Nacional de Contadores Públicos del Perú*, Arequipa, del 28 al 31 de octubre de 2010.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Editorial, (trad. Izquierdo). Editorial C.F. Müller, Madrid, 1979.

LINKOGRAFÍA

ALEGRE CHANG, Ada. Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo “de la vida”. Lima. Disponible en: <<http://adaalegreconsultores.com.pe/articulos.php>>

CARO CORIA, Dino. La Estabilidad del Ecosistema como bien jurídico-penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro. Texto de defensa de tesis doctoral sustentada el 21 de mayo de 1998 en la Universidad de Salamanca (España).

Disponible en:

<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10444/10910>>

CARO CORIA, Dino. *Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal Económico*. Revista LAWYER, 2006.

Disponible en

<<http://www.ccfirma.com/principal/publicaciones/publicaciones.php>>

CARO CORIA, Dino. *¿Más penas para las empresas que contaminan*. Revista LAWYER, 2009. Disponible en

<<http://www.ccfirma.com/principal/publicaciones/publicaciones.php>>

“Caso La Oroya” [en línea], *Cuarto Poder*, 13 de abril de 2009.

Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=LRWuAHqU7DQ-reportaje>>

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental. En: Revista Penal N° 1999. Madrid. Disponible en <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/63/58>>

Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana-IIAP y Ministerio del Ambiente. “Minería Aurífera en Madre de Dios y contaminación con Mercurio. Una bomba de tiempo”. Lima, 2011.

Disponible en:

<<http://cdam.minam.gob.pe/novedades/mineriamadrededios.pdf>>

“La Oroya es la quinta ciudad más contaminada del planeta” [en línea], *El Comercio*, 22 de noviembre de 2013.

Disponible en: <<http://elcomercio.pe/peru/lima/oroya-quinta-ciudad-mas-contaminada-planeta-noticia-1624283>>.

ORDOÑEZ A., Gonzalo. “Salud Ambiental: conceptos y actividades”. *Rev. Panamá de Salud Pública* Vol. 7 N° 3.

Disponible en: <http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v7n3/1404.pdf>

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Informe de Fiscalización Ambiental a la pequeña minería y minería artesanal. Informe 2013, índice de cumplimiento de los gobiernos regionales, Lima, 2014.

Disponible en: <http://www.oefa.gob.pe/publicaciones/fiscalizacion-mineria-pequena-artesanal>

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Informe sobre el Registro de Buenas Prácticas Ambientales y el Régimen de Incentivos a cargo del OEFA.

Disponible en: < http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=14366>.

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). “Diversidad Biológica. Manual de Ciudadanía Ambiental Global”. México, 2005.

Disponible en:

<http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/PCA/File/biodiversidad.pdf>

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales. En revista electrónica de Derecho ambiental: Medio Ambiente & Derecho. Disponible en: <<http://huespedes.cica.es/gimadus/11/consideraciones.htm>>

Real Academia Española (RAE), <www.rae.es>

Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. Impacto Económico de la Minería en el Perú. Documento elaborado por MACROCONSULT. Disponible en: <<http://www.cimu.org.uy/wp-content/uploads/18-Impacto-ecomonico-de-actividad-minera-en-el-Peru-Junio-2012.pdf>>

LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA

Constitución Política peruana de 1993

Constitución Política española de 1978

Código Penal peruano, Decreto Legislativo N° 635

Guía de Auditoría Ambiental Gubernamental y sus primeros tres apéndices, Resolución de Contraloría General N° 470-2008-CG

Ley General del Ambiente, Ley N° 28611

Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325

Ley que establece las medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, Ley N° 30230

Nuevo Código Procesal Penal peruano, Decreto Legislativo N° 957

Política Nacional del Ambiente, Decreto Supremo N° 012-2009-MINAM

Reglamento del Procedimiento Administrativo sancionador del OEFA, Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.

Reglas jurídicas que faciliten la aplicación del artículo 19° de la Ley N° 30230, Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0018-2001-AI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0964-2002-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3510-2003-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1206-2005-PA/TC

Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de noviembre de 2004

PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA N° 021-2014-OEFA/TFA-SEP1.