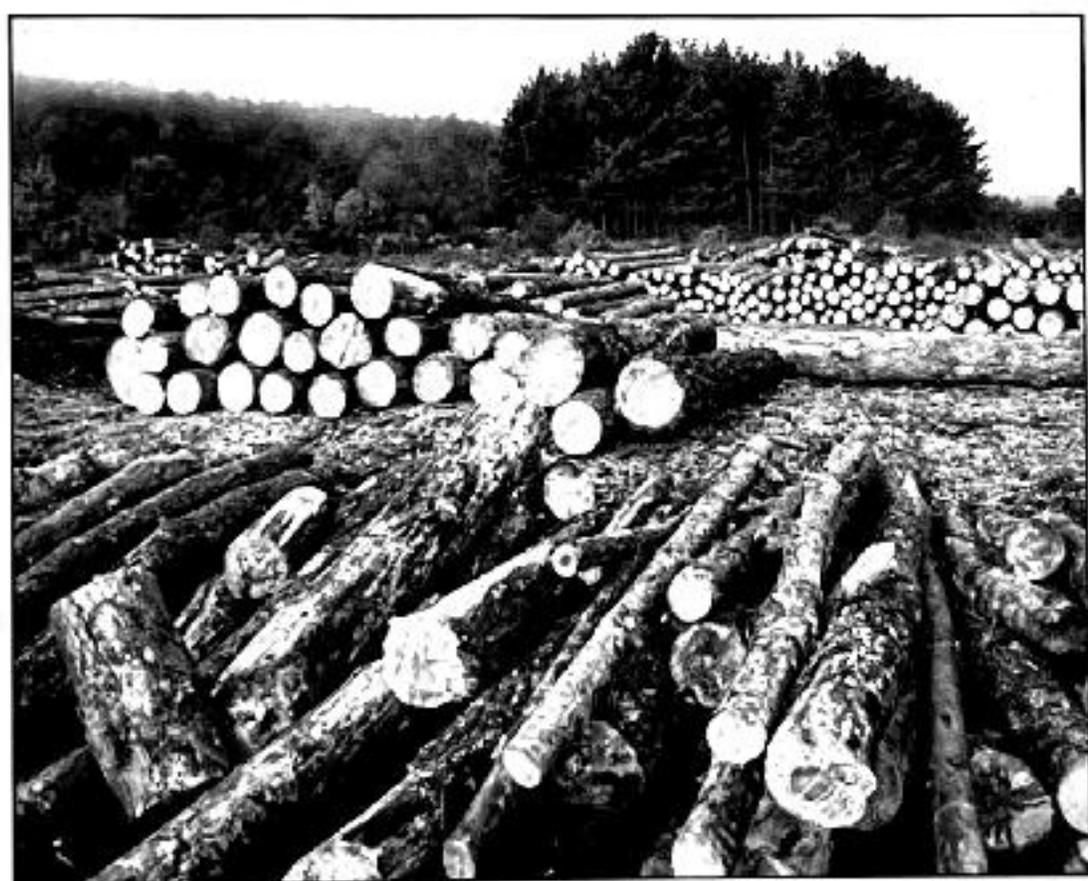


ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE

*Jefe de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y
Extradiciones de la Fiscalía de la Nación*

LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE



Segunda edición



CAPÍTULO VI

DELITOS DE CONTAMINACIÓN

I. ESTUDIO PRELIMINAR

Uno de los retos más importantes de las naciones en el umbral del tercer milenio, es la conservación de un medio ambiente adecuado para el sostenimiento de la vida humana, así como del resto de especies (flora y fauna) que habitan en el planeta tierra. Si es que en el siglo XX se hablaba con furor del surgimiento de los derechos de "tercera generación", de los "derechos económicos, sociales y culturales", es de verse que en la actualidad impera el debate en los foros sobre la necesidad de proteger y cautelar eficazmente el medio ambiente.

Se debe reconocer a los grupos "ecologistas", el hecho de que el medio ambiente haya tomado la palestra en el estado actual de la discusión, concientizando a todos los sectores de la población, en el sentido de actuar responsablemente cuando se ejercen determinadas actividades que pueden resultar lesivas al medio ambiente.

De hecho que cuando nos referimos al medio ambiente, hacemos alusión a un término "omnicomprensivo", al abarcar una serie de conceptos privativos de la ciencia jurídico-ambiental. Es por ello que resulta fundamental tratar de aproximarnos a las definiciones elementales que recoge dicha parcela del orden jurídico.

Diseñar una estrategia de tutela del medio ambiente supone articular una serie de respuestas jurídicas, de hacer uso de todos aquellos medios de control social con que cuenta el Estado para prevenir, controlar y sancionar todos aquellos comportamientos que puedan propiciar una afectación a dicho interés jurídico.

Si es que partimos de una política-social en puridad "preventiva", anclamos en el empleo de una serie de mecanismos, herramientas e ins-

trumentos dirigidos a controlar focos de riesgos. El derecho positivo no puede esperar que se produzcan daños reales y visibles al medio ambiente para intervenir ante concretas y específicas actividades humanas.

La industria, el comercio, la minería y, los negocios en general exteriorizan actividades económicas indispensables, tanto desde un plano sistémico como individual: significan actuaciones que son regladas por una serie de normas, por toda una frondosa legislación que en su conjunto se orienta a evitar la causación de riesgos para los bienes jurídicos fundamentales, como normas de seguridad, disposiciones de salubridad, etc. Sin embargo, aparecen también otras leyes que van más allá, es decir, establecen determinados estándares, en cuanto a los ruidos, al uso de ciertas sustancias químicas, amén de cautelar el medio ambiente.

La sociedad de riesgo, a la cual nos encontramos adscritos, implica el reconocimiento de actuaciones riesgosas, esto es, “permitidas” por el derecho positivo vigente, pero dicha valoración de licitud adquiere otros ribetes cuando dicha actuación supera los límites de tolerancia permitidos. Dicho en otros términos: la generación de un foco de riesgo es el baremo valorativo que determina cuándo una conducta humana ingresa a un terreno antijurídico (sea este administrativo, civil y penal), a partir de un criterio *ex ante* y *ex post* respectivamente.

La LGA, Ley N.º 28611, en su art. 24.1, establece que toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al SNEIA, el cual es administrado por la autoridad ambiental nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del SNEIA. Sin duda, cuando ingresamos al campo fecundo de la modernidad de la juridicidad, podemos sostener con corrección que hemos de postular la gravitancia del “derecho del consumidor” y del “derecho del medio ambiente”.

La juridicidad ha de encontrar respuestas eficaces al problema de la “contaminación ambiental”, que tantos perjuicios ocasiona a la humani-

dad. El Perú, en definitiva, no es ajeno a dicha descripción del ecosistema, pues basta dar una mirada a las urbes y zonas rurales de nuestro país para advertir la inmensa contaminación ambiental que inunda nuestras calles y parques.

Una ingente zona industrial, comercial, de negocios en general, que se localiza en lugares céntricos sin observar las prescripciones y ordenanzas sobre la materia; dichas industrias emiten una serie de gases tóxicos, ruidos molestos, filtraciones y otras radiaciones que día a día ingresan a los pulmones de los transeúntes, pudiendo generar enfermedades broncopulmonares, así como displcias en la piel y en el tejido adiposo. Así también, la flora, los árboles, plantas y otras especies de la flora silvestre sufren en su hábitat natural, al recibir un aire totalmente contaminado que impide su florecimiento y normal crecimiento.

Qué decir del tráfico vario, donde se observan miles de automóviles, combis, buses, camiones y otros vehículos que expanden una serie de gases tóxicos en su recorrido. Las calles del Cercado de Lima, del centro histórico, son unas de las más contaminadas, tal como se ha indicado en estudios recientes realizados por las entidades estatales competentes, hasta el punto de decir que ya no se respira en pureza “oxígeno”, sino más bien “monóxido de carbono”, así como otras sustancias contaminantes¹. Una salida novedosa e interesante es la introducción al mercado automotor de automóviles con motor de “gas natural”, la cual instituye una alternativa que se ajusta a los patrones ecológicos permitidos.

¹ Según constataciones de la Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental, en un operativo donde se intervinieron a 17 vehículos de servicio público, 15 de ellos arrojaron más del 300 % de niveles de hidrocarburos permitidos en cada metro cúbico de aire que se respira en el Cercado de Lima, en franca contravención a las normas de tránsito y a lo previsto en el D. S N.º 047-2001-MTC. También se realizaron mediciones de los niveles de contaminación sonora producida por el ruido y bocinas de los vehículos en tres puntos de la av. Abancay, llegando en uno de los casos la contaminación de los ruidos molestos a los 74.1 decibles de los 70 que normalmente son permitidos en el día y 60 en las noches, para zonas comerciales.

No entendemos cómo las autoridades ediles y del sector ejecutivo permiten que unidades vehiculares sumamente antiguas puedan seguir circulando en el país, constituyendo focos permanentes y continuos de contaminación ambiental, al descargar una serie de gases tóxicos que, de forma directa, afectan a la salud de las personas; lógicamente, cuando hablamos, *per se*, de los “delitos ambientales” no nos referimos a la punición de aquellas afectaciones o lesiones que se producen en la vida, cuerpo y salud de los ciudadanos, pues dichos resultados han de ser cubiertos por los injustos penales típicos que tutelan los bienes jurídicos personalísimos, pues cuando hacemos alusión a esta esfera de la criminalidad, se identifica un bien jurídico colectivo, macrosocial o dígame supraindividual, cuya lesión no está supeditada a la causación efectiva de un perjuicio material al tratarse de tipos penales de peligro, como se dirá más adelante.

Se deben tomar medidas drásticas, inmediatas, en base a políticas de gestión “multisectoriales”², si es que en realidad se quiere hacer algo al respecto, que puedan generar herramientas de control, prevención y sanción, ante estos comportamientos socialmente negativo. En tal entendido, se puede esperar que ocurran los acontecimientos catastróficos para actuar de forma decidida: se deben articular acciones en realidad preventivas.

Según el modelo descriptivo del estado de las cosas, el emprendimiento por parte de los Estados de políticas públicas definidas por el “asunto ambiental”, asumiendo el reto de barajar alternativas, posibilidades y soluciones a las graves amenazas para la salud y supervivencia de sus ciudadanos, sobre todo en países industrializados, donde los riesgos son mayores. Como expresa CALDAS VERA, hoy se habla de una crisis ecológica, no tanto por el crecimiento demográfico y el bienestar, sino por una actitud irresponsable del hombre frente a la naturaleza, ni porque la tierra esté perdiendo sus propiedades desde el punto de vista físico. El problema ambiental es político, dado que compromete a los poderes públicos³.

2 Véase, al respecto, REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., “La contaminación ambiental como delito en el Código Penal”, en *Estudios de derecho penal. Parte especial*, Lima: Jurista Editores, 2009, pp. 171 y 172.

3 CALDAS VERA, J., “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”.

De hecho, el problema del medio ambiente se genera por la propia conducta humana, que se manifiesta por medio de la depredación de los recursos naturales, con el empleo de armamentos químicos y nucleares, con la instalación de plantas industriales, con los nuevos diseños inventivos de la ciencia y la tecnología, cuyo propio afán de avance y desarrollo ha traído en escena nuevos riesgos para los bienes jurídicos fundamentales, que toman lugar en el terreno ambiental. Es decir, lo que se produce es la propia destrucción por parte del individuo de las bases existenciales de la humanidad.

El art. 74 de la LGA define “responsabilidad general” de la siguiente manera: “Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión”; mientras el art. 78 (*in fine*) recoge la “responsabilidad social de la empresa”, prescribiendo que el Estado promueve, difunde y facilita la adopción voluntaria de políticas, prácticas y mecanismos de responsabilidad social de la empresa, entendiendo que esta constituye un conjunto de acciones orientadas al establecimiento de un adecuado ambiente de trabajo, así como de relaciones de cooperación y buena vecindad impulsadas por el propio titular de operaciones.

Todas las personas tienen el legítimo derecho de gozar de un ambiente sano, adecuado e idóneo para poder interrelacionarse con los demás, así como una aspiración en estricto individualista; de forma que la gestión ambiental ha de ocuparse de esta tarea esencial, estando de por medio los instrumentos y mecanismos jurídicos apropiados para ello, partiendo desde un basamento *ius constitucional*. Esto implica, a la vez, que todos los actores comprometidos, sobre todo las empresas, en el marco de su objeto social, ajusten su accionar a las políticas sociales de gestión ambiental. De lo que estamos hablando, es que se pueda garantizar “calidad de vida”,

en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 58.

como un concepto que se entrelaza en la idea de los derechos fundamentales individuales y la tarea de procurar un medio ambiente de calidad; [...] la protección del medio ambiente aparece en la Constitución como uno de los elementos integrantes de la calidad de vida, pero, eso sí, como un elemento indispensable aunque no único⁴.

El art. 31.1 de la LGA describe que el Estándar de Calidad Ambiental (ECA) es la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes 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. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

Por su parte, la Ley Fundamental en su art. 66 dispone que los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento; mientras que los arts. 67 y 68 (*in fine*) establecen que el Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales y que está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Doctrinariamente, se suele distinguir entre elementos naturales y recursos naturales. Estos últimos constituyen una especie dentro del género de los elementos naturales, destinado a satisfacer necesidades humanas⁵; mientras que el concepto de uso sostenible de los recursos naturales implica su manejo sostenible, mediante actividades de caracterización, evaluación, planificación, aprovechamiento, regeneración, reposición, protección y control conducentes a asegurar la producción sostenible y la conservación de la diversidad biológica, los recursos naturales y el ambiente, anota CAILLAUX ZAZZALI. Por esto es que el instrumento de la EIA se convierte

4 JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona: José María Bosch Editor SA, 1995, p. 106.

5 HUNDSKOPF EXEBIO, O., "Del ambiente y los recursos naturales", en *La Constitución comentada*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 918.

en un mecanismo objeto de proyección y medición de resultados, donde todas las partes involucradas deben participar para lograr un consenso⁶.

La Carta Política consagra en el inc. 22), art. 2, que todo hombre tiene el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

El máximo intérprete de la constitucionalidad normativa, en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad N.º 0048-2004 (regalías mineras), ha declarado en su f. j.n.º 17 lo siguiente: El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve⁷.

En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica. En el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (art. 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente”.

6 CAJLAUX ZAZZALI, J., “Política ambiental”, en *La Constitución comentada*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 931.

7 CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Argentina: Dykinson, 2000, p. 101.

Por su parte, la Ley N.º 28611, LGA, recoge en su art. 11 los denominados "Lineamientos ambientales básicos de las políticas públicas", considerando los siguientes lineamientos:

- a. El respeto de la dignidad humana y la mejora continua de la calidad de vida de la población, asegurando una protección adecuada de la salud de las personas.
- b. La prevención de riesgos y daños ambientales, así como la prevención y el control de la contaminación ambiental, principalmente en las fuentes emisoras. En particular, la promoción del desarrollo y uso de tecnologías, métodos, procesos y prácticas de producción, comercialización y disposición final más limpias.
- c. El aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, incluyendo la conservación de la diversidad biológica, a través de la protección y recuperación de los ecosistemas, las especies y su patrimonio genético. Ninguna consideración o circunstancia puede legitimar o excusar acciones que pudieran amenazar o generar riesgo de extinción de cualquier especie, subespecie o variedad de flora o fauna.
- d. El desarrollo sostenible de las zonas urbanas y rurales, incluyendo la conservación de las áreas agrícolas periurbanas y la prestación ambientalmente sostenible de los servicios públicos, así como la conservación de los patrones culturales, conocimientos y estilos de vida de las comunidades tradicionales y los pueblos indígenas.
- e. La promoción efectiva de la educación ambiental y de una ciudadanía ambiental responsable, en todos los niveles, ámbitos educativos y zonas del territorio nacional.
- f. El fortalecimiento de la gestión ambiental, por lo cual debe dotarse a las autoridades de recursos, atributos y condiciones adecuados para el ejercicio de sus funciones. Las autoridades ejercen sus funciones conforme al carácter transversal de la gestión ambiental, tomando en cuenta que las cuestiones y problemas ambientales deben ser considerados y asumidos integral e intersectorialmente y al más alto nivel, sin eximirse de tomar en consideración o de prestar su

concurso a la protección del ambiente, incluyendo la conservación de los recursos naturales.

- g. La articulación e integración de las políticas y planes de lucha contra la pobreza, asuntos comerciales, tributarios y de competitividad del país con los objetivos de la protección ambiental y el desarrollo sostenible.
- h. La información científica, que es fundamental para la toma de decisiones en materia ambiental.
- i. El desarrollo de toda actividad empresarial debe efectuarse teniendo en cuenta la implementación de políticas de gestión ambiental y de responsabilidad social.

1. Bien jurídico protegido, naturaleza difusa

El bien jurídico constituye el constructo basilar sobre el cual el derecho penal asienta su legitimidad en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho; quiere decir, que la inclusión de los comportamientos “penalmente prohibidos”, de relevancia jurídico-penal, deben tener como correlato un interés digno y merecedor de tutela penal, en el sentido de que la protección punitiva se alce como un imperativo categórico para asegurar la subsistencia de los bienes jurídicos fundamentales.

Nuestros catálogos penales, fieles a un orden filosófico humanista, comienzan el listado delictivo, con aquellos injustos típicos que atentan los bienes jurídicos anclados en su núcleo más duro; *v. gr.*, delitos contra la vida, el cuerpo, la salud, el honor, la familia, la libertad, etc.

La concepción descrita devela una naturaleza “atomista” e “individual” de la caracterización dogmática que ha de guiar las formulaciones políticas criminales que, si bien pudo resultar una visión adecuada hace más de dos siglos con el emprendimiento del “derecho penal liberal” hoy en día se muestra como obsoleta e inapropiada para conducir la política penal del tercer milenio.

La nueva descripción de las estructuras sociales, en base a una fastuosa redefinición de las actividades humanas, nos muestran una nueva cosmovisión del mundo, que no puede ser dejado de lado por la ciencia jurídica, menos por el derecho penal, concordante con una visión iusconstitucional.

La sociedad postindustrial, apegada a auge significativo de la productividad empresarial, industrial, etc., da lugar a incidencias notables en la vida cotidiana de los mortales⁸. Basta salir a la calle para tropezarse con toda una gama de riesgos, de amenazas latentes para los intereses jurídicos fundamentales. Peligros que no se perciben de forma material, según la concepción tradicional de los daños que se exteriorizan en la realidad, sino de forma casi imperceptible, pero con efectos poderosamente dañinos, que requieren ser neutralizados, controlados y prevenidos, si es que realmente se quiere cautelar el futuro mismo de la humanidad. La contaminación del medio ambiente es una de las amenazas más latentes, de mayor potencialidad perjudicial para la existencia de toda vida que se asienta en la tierra.

El medio ambiente importa la plataforma esencial coexistencial de toda la humanidad, *contidío sine qua non* para la supervivencia de la raza humana de la flora y de la fauna. Un sistema que compromete el mundo actual y las generaciones futuras; en palabras de SCHÜNEMANN, “[...] la explotación indiscriminada de hoy significa la miseria de mañana”⁹.

Podemos sintetizar al objeto de protección jurídico-penal, como BARRERO CÁCERES, de la siguiente forma:

Aquel sistema, soporte fundamental sobre el cual han de desarrollarse adecuadamente todos los seres vivos que habitan sobre la tierra, es decir, un medio ambiente que con propiedad, pueda garantizar el desarrollo

8 Véase, al respecto, PEÑA CABRERA, R., *Código Penal comentado y leyes complementarias*, 1992, p. 322.

9 SCHÜNEMANN, B., “Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente”, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, España: Tecnos, p. 206.

sostenible de toda existencia vital así como el de las próximas generaciones, de ahí que se consagre su valor constitucional¹⁰.

La protección del ambiente exige una concepción diacrónica — calculada a largo plazo, que también incluya la garantía de condiciones humanas dignas para las próximas generaciones¹¹.

Decir que el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalizado es afirmar la consagración al más alto rango de un valor que nuestra sociedad considera digno de protección y promoción, escribe JORDANO FRAGA. Desde un punto de vista práctico, el reconocimiento del bien jurídico significa la existencia de un grupo normativo destinado a garantizar su protección, pero también el carácter de principio informador respecto al resto del ordenamiento jurídico¹².

El TC en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0048-2004/PI, ha sosteniendo lo siguiente: “El TC considera que el medio ambiente, entendido sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana”.

Constituye un bien jurídico “supraindividual”, pues su titularidad no recae en una sola persona, sino al colectivo de la sociedad; por ello, que puede hablarse en este caso de “intereses difusos”; [...] es decir, de los que se hallan presentes de “modo informal y propagado a nivel de masa

10 BARRERO CÁCERES, en la doctrina colombiana, escribe con respecto del modelo del medio ambiente, que el primer rasgo se refiere a la consideración de que el medio ambiente es la condición de posibilidad de supervivencia de los seres humanos, el segundo de que se trata de una derecho fundamental y el tercero la obligación del Estado de garantizar del medio ambiente, es decir, garante de un derecho fundamental; lo obliga a realizar acciones tendientes a lograr la indemnidad del ambiente, “La contaminación ambiental como delito de resultado”, en *Estudios en derecho y gobierno*, Bogotá, 2008, p. 88.

11 TIEDEMANN, K., “El derecho penal ambiental alemán en su contexto europeo y mundial”, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 207.

12 JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, ob. cit., p. 80.

en ciertos sectores de la sociedad"¹³; cuya esencia toma lugar a partir de su directa relación con los bienes jurídicos individuales, al margen de que estos comportamientos prohibidos puedan ocasionar daños cuantificables a personas determinables.

En estos casos, las repercusiones negativas del deterioro del medio ambiente afectan a la sociedad en su conjunto. Piénsese, por ejemplo, en la contaminación atmosférica, en la destrucción de un paisaje, en la desaparición de una especie protegida¹⁴.

Dicha concepción gravita también en el campo procesal, tal como se desprende del art. 82 del CPC de 1993.

El artículo invocado ha previsto normativamente que en el caso de afectación de bienes jurídicos colectivos, en cuanto a la vulneración de intereses que pertenecen a toda una comunidad de gentes (medio ambiente), aparece la institución jurídico-procesal denominada "patrocinio de intereses difusos", cuya titularidad se le ha conferido a una serie de instituciones públicas y asociaciones civiles legalmente constituidas, como el Ministerio Público, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, las comunidades campesinas y/o nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental. Así se desprende de su tenor literal, cuando se dispone lo siguiente: "Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor". En estos casos, no se requiere la efectiva causación de un daño, pues basta la realización de una conducta que coloque en un estado de aptitud de lesión al interés jurídico tutelado.

El precepto invocado debe entenderse desde un doble baremo a saber: primero, que el patrocinio difuso podrá ejercerlo cualesquiera de las instituciones públicas y/o privadas antes mencionadas, como representar

13 BOIX REIG, J. y A. JAREÑO LEAL, *Comentarios al Código Penal*, vol. III, España, JusTel, 2012, p. 1593.

14 JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, ob. cit., p. 80.

tantes de la comunidad afectada, en el marco de su jurisdicción territorial; segundo, cuestión distinta aparece cuando los efectos perjudiciales de la conducta dañosa ha provocado una afectación directa a la salud física y/o mental de una persona —debidamente individualizada—, por lo que esta cuenta con plena legitimación material y procesal, para acudir en mérito a su propio derecho, a la tutela jurisdiccional efectiva, reclamando una indemnización por daños y perjuicios. Consecuentemente, debe entenderse que ambas pretensiones (difusa y la individual) no son excluyentes entre sí, más bien complementarias, pues ambas cuentan con la *legitimatío ad causam*, es decir, son titulares de derechos subjetivos, pudiendo hacer valer dicho derecho ante quien corresponda, en la vía judicial competente. No obstante, debe distinguirse entre la legitimidad activa para interponer una acción de daño ambiental, con aquella que se basa en el propio derecho del individuo de ser indemnizado, cuando los efectos perjudiciales de la acción contaminante han recaído sobre su esfera personal.

A decir de SCHÜNEMANN, tanto el verdadero interés de protección que se encuentra detrás del tipo penal como el bien de protección captado directamente por este, solo pueden estar constituidos por los bienes ecológicos mismos¹⁵.

Sobre lo dicho, cabe anotar que la legitimidad del bien jurídico “medio ambiente”, viene caracterizada por su estrecha vinculación con los bienes jurídicos de orden personal, es decir, la vida, el cuerpo y la salud de las personas; pues las tipificaciones penales que el legislador ha glosado en el Título XIII del CP, responden a una idea *reforzada e anticipada* de la tutela de los intereses jurídicos personalísimos, en cuanto a una visión sistémica del estado de las cosas, como un bien jurídico en esencia funcional.

La justificación axiológica no ha de entender que el medio ambiente —como bien jurídico—, no cuente con autonomía sustantiva y procesal; todo lo contrario, son las propias particularidades y singularidades de este interés jurídico, que determinan una independencia reguladora, que se

¹⁵ SCHÜNEMANN, B., *Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal*, ob. cit., p. 219.

manifiesta en una penalización separada de los delitos que atentan contra la vida, el cuerpo y la salud.

La protección necesaria del medio ambiente acaba a menudo en un menoscabo de los intereses de los individuos vivos, quienes, por cierto, si son lesionados en su integridad física, pueden adoptar por completo una función de representación del medio ambiente maltratado, pero el hecho de que conserven su integridad física no indica necesariamente también la integridad de los bienes jurídicos ecológicos¹⁶.

A nuestro entender, las posibles afectaciones que pueda presentar el medio ambiente, pueden perfectamente ser conciliables con aquellos daños que puedan aparecer en la integridad física de los individuos; sin embargo, la titularidad de la ofensa en el primer caso ha de recaer en la sociedad en su conjunto, mientras que en el segundo de los casos, en las mismas personas que son mermadas en la integridad de sus intereses fundamentales, mediando la tipificación de tipos penales distintos. Sin embargo, la *lex lata* ha querido también recoger dichas lesiones, de conformidad con el contenido normativo previsto en los últimos párrafos del art. 305 del CP, es decir, cuando por efecto de la contaminación se producen lesiones graves o la muerte de una persona.

Según la postura de ESER, el alcance fundamental de la protección, puede deducirse de dos factores: en primer lugar, de los *objetos protegidos*: la cuestión, en suma, de si junto a determinados bienes ambientales individuales se protegen, también, todas las especies ambientales y, por último, aunque no en importancia, el ecosistema en su conjunto; de otra parte, de la *intensidad de protección*, a cuyo respecto puede distinguirse entre el aseguramiento de la existencia de cada bien ambiental, el de su calidad y el de su incolumidad¹⁷.

Sobre el primer punto, cabe recalcar la visión definidamente "antropocéntrica" de la protección jurídica del medio ambiente, los recursos

16 *Loc. cit.*

17 ESER, A., "Derecho ecológico" en *Derecho público*, 1985, p. 117.

naturales, así como la fauna silvestre y la flora (bosques), son materia de tutela legal, en tanto son indispensables para la propia coexistencia del ser humano. Dicha declaración no obsta a reconocer que dichos recursos naturales, así como el desarrollo incisamente en el campo de la genética, para la conservación de ciertas especies animales, puedan provocar una perspectiva distinta.

Se dice, entonces, que aparece también la conservación de la diversidad de especie a la luz de una nueva perspectiva: no solo como potencial genético para “cultivos de resistencia” en el ámbito de la flora o con fines de lucha biológica antiparasitaria [...], sino también de cara a la investigación en el campo de la tecnología genética, cuyas consecuencias no se nos alcanzan todavía plenamente¹⁸. A partir de lo anotado, se dice en la doctrina que se asume una óptica ecocéntrica, dejando de lado una visión estrictamente antropocéntrica, en la que el objeto amparado por la norma trasciende de la vida y salud humanas, para materializarse en los distintos elementos que integran el ambiente natural¹⁹.

La LGA, en su art. 2.3, dispone que debe entenderse, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los 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.

Con respecto al segundo aspecto, cabe precisar que la intensidad de la protección jurídica del medio ambiente no puede ser percibida desde una visión solo con respecto a un presente y de los seres vivos, sino de crear las condiciones necesarias y adecuadas, para que las próximas generaciones

18 *Ibid.*, p. 125.

19 Cfr. CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora, la fauna y los animales domésticos”, en *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Madrid: Dykinson, p. 53.

puedan contar con una vida de calidad; no puede admitirse la idea de aprovechar los recursos naturales únicamente pensando en el presente, sin tomar ninguna medida de precaución en interés para el hombre del mañana, del futuro.

Sostuvimos que el objeto de interés no se reduce a evitar daños y estragos al ecosistema, a la biodiversidad y la fauna, sino de articular las bases de un medio ambiente de calidad.

Con ocasión de esta protección de la incolumidad, tiene lugar también, de manera mediata, el aseguramiento de una cierta *calidad existencial*, pues si en las regiones naturales protegidas, o través de la protección del agua, se aseguran determinadas condiciones de creación ambientales, también puede con ello facilitarse al mundo animal y vegetal una existencia en "nichos ecológicos"²⁰. Así, es de verse cuando el legislador penaliza en el art. 308-D la figura delictiva del "tráfico ilegal de recursos genéticos", de especies de flora y fauna.

El aseguramiento de la diversidad de especies es, además, importante para la conservación del equilibrio funcional²¹.

En resumidas cuentas, hemos de postular una protección penal de mayor intensidad, que haya de orientarse no solo a la conservación y protección de un medio ambiente indispensable para el mantenimiento de la vida humana, sino también para asegurar un nivel óptimo de *calidad de vida*²².

Los delitos ambientales constituyen, por otro lado, auténticos *tipos de peligro* de la concreta colocación de un estado de riesgo al bien jurídico tutelado; construcciones dogmáticas, cuyo peligro, en algunos casos, puede ser contemplado desde una *visión concreta* y en otros desde un *plano abstracto* inclusive de lesión (últimos párrafos del art. 305 del CP). No obstante, es

20 ESEB, A., *Derecho ecológico*, ob. cit., p. 121.

21 *Ibid.*, p. 127.

22 *Ibid.*, p. 129.

de verse también que en algunos casos el legislador (poder legislativo) ha penalizado meras "contravenciones administrativas", es decir, elevando a la categoría de norma penal, puras desobediencias administrativas, conforme se desprende de los arts. 311 y 312 del CP, en mérito a la sanción de la Ley N.º 29263 de octubre del 2008 y del D. Leg. N.º 1084 de junio del 2008.

Ahora bien, el bien jurídico en esta titulación del corpus punitivo no presenta una homogeneidad absoluta, como sucede en otras parcelas de la criminalidad; como es de verse, cuando hablamos de los "delitos ambientales", se agrupan una serie de injustos típicos que vulneran específicos marcos del medio ambiente, con ello el sistema ecológico en sentido estricto así como los "recursos naturales", este último, a su vez, comprende la fauna, la flora silvestre, las especies acuáticas, los recursos genéticos y los bosques, como se revela del contenido de los tipos legales correspondientes²³.

El medio ambiente está compuesto por un conjunto de elementos que, en la complejidad de sus relaciones constituyen el marco, el medio y las condiciones de vida del hombre, apunta PEÑA CABRERA. En ese sentido los problemas del medio ambiente afectan a cuestiones tan diversas como los recursos naturales, los instrumentos de producción, los bienes y servicios, los residuos, la organización territorial de la sociedad²⁴.

No se puede hablar, por tanto, de un solo bien jurídico, sino de una serie de intereses jurídicos que han sido refundidos en una sola titulación de la codificación punitiva. Así, por ejemplo, la construcción en zonas destinadas a viales o bienes de dominio público constituye una grave infracción urbanística, mas su realización no vulnera, en cambio, el medio ambiente natural²⁵.

23 Véase, al respecto, CALDAS VERA, J., "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", art. cit., p. 62; PEÑA CABRERA, R., *Código Penal comentado*, ob. cit., p. 322.

24 *Loc. cit.*

25 CARMONA SALGADO, C., "Delitos contra los recursos naturales", art. cit., p. 52.

2. Ley penal en blanco y la accesoriadad del derecho penal

A lo escrito, debe agregarse lo concerniente a la frondosa legislación, que entra en aplicación en lo que al medio ambiente refiere. La concurrencia de una abundante normatividad en vez de asegurar una protección jurídica eficaz, puede generar planos confusos de intercesión normativa, en este caso entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, con una posible merma al principio del *non bis in idem*^{26, 27}; existen, por tanto, ámbitos específicos de "responsabilidad penal" y de "responsabilidad administrativa".

El art. 135 de la LGA, dispone lo siguiente:

El incumplimiento de las normas de la presente Ley es sancionado por la autoridad competente en base al régimen común de fiscalización y control ambiental. Las autoridades pueden establecer normas complementarias siempre que no se opongan al régimen común. En el caso de los gobiernos regionales y locales, los regímenes de fiscalización y control ambiental se aprueban de conformidad con lo establecido en sus respectivas leyes orgánicas.

Lo anotado cobra mayor vigencia con la sanción de la Ley N.º 29263 de octubre del 2008, al haberse acentuado la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador; la prohibición penal no puede ser entendida de forma unilateral, es decir, desde una sola óptica de la norma jurídico-penal, pues requiere ser integrada por las disposiciones legales administrativas sobre la materia, dando lugar a lo que se denomina como "ley penal en blanco". En virtud del cual, el intérprete debe necesariamente remitirse a la normatividad extrapenal, si es que pretende completar el contenido del injusto típico (ambiental).

26 Así, BOIX REIG, J. y A. JAREÑO LEAL, *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., p. 1594.
27 Véase al respecto, PEÑA CARRERA FREYRE, A. R., *Ensayos al nuevo Código Penal*, t. I, 2.ª ed., Lima: Redhas, 2009, pp. 90-111; REATEGUI SÁNCHEZ, J., "La contaminación ambiental como delito en el Código penal", art. cit., pp. 184 y 185.

Se destaca que estas normas encajan en la clasificación de tipos penales en blanco, cuya legitimidad en el derecho penal ha dado lugar a numerosas críticas en la doctrina que ha entendido por tales a aquellos cuyo supuesto de hecho se halla consignado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal²⁸.

La objeción puede salvarse siempre y cuando la normatividad extrapenal sea estricta en su composición normativa, mediando términos claros y precisos del lenguaje; cuya legitimidad hemos de cifrarla en la complejidad de la materia ambiental, en la dinámica y versatilidad de su desarrollo, implicando la indispensable revisión y constante modificación del derecho positivo vigente.

Así es de verse, también que el cumplimiento de "tipicidad penal de la conducta", supone previamente la constatación de una típica: "desobediencia administrativa", cuando el legislador hace alusión en la construcción normativa a la "contravención a leyes, reglamentos o a límites máximos permisibles"; ante estas hipótesis, primer elemento a saber, en orden a determinar la relevancia jurídico-penal del comportamiento, importa la verificación de la infracción normativa (reglamentaria), para luego verificar la idoneidad de la acción u omisión para colocar en un verdadero estado de riesgo al bien jurídico tutelado. Es decir, la contravención administrativa ha de configurar la generación de un *riesgo jurídicamente desaprobado*, mas con ello no podemos tener aún el injusto penal, al tener que agregarse la valoración del efectivo peligro para el interés jurídico, como sucede en algunos casos de los injustos imprudentes²⁹. Se habla, por tanto, de un doble nivel de disvalor. Con ello, se quiere poner de relieve que la categoría del "injusto penal ambiental" no puede determinarse con la sola puesta en escena del derecho administrativo sancionador y, al revés, con una sola mirada del derecho penal. Así en la doctrina nacional, cuando

28 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, E., *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Bogotá: Temis, 1997 p. 345.

29 Véase al respecto, PRATS CAHUT, Josep Miquel y María MARQUÉS I BANQUÉ, en *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, t. II, p. 1171.

se apunta que la accesoriadad debe ser en función estrictamente a normas del derecho administrativo y no a actos³⁰.

La vinculación del derecho penal con el derecho administrativo (ambiental), se advierte en la especie de *subordinación* a que se somete la punición a un acto típico de la Administración³¹. Al respecto, el art. 306 del CP señala a la letra lo siguiente: "El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles [...]"; mientras que el artículo recoge el siguiente término: "El que, sin autorización [...]"; por tales motivos, el primer elemento a saber, en orden a determinar la tipicidad penal del comportamiento, es definir si el agente infringió la ley o el reglamento o, en su defecto, si ejecutó la conducta disvaliosa sin contar con la autorización de la autoridad competente.

En este caso, el precepto penal completa su contenido a través de normas del derecho administrativo, y es su violación lo que constituye materia de prohibición penal^{32, 33}.

Constelación de casos, que advierten una fuerte accesoriadad del derecho penal con respecto al derecho administrativo, ha de verse en el art. 311 del CP, que recoge la figura delictiva de utilización indebida de tierras agrícolas, donde la configuración del injusto se encuentra subordinada totalmente a la contravención de la legalidad extrapenal, que se contempla en la propia norma penal. En palabras de TIEDEMANN, la

30 REATEGUI SÁNCHEZ, J., "La contaminación ambiental como delito en el Código Penal", art. cit., p. 188.

31 TIEDEMANN, K., "Relación entre derecho penal y autorización jurídico-administrativa", en *Temas de derecho penal económico y ambiental*, traducción de José Luis de la CUESTA, p. 160.

32 CALDAS VERA, J., "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", art. cit., pp. 68 y 69.

33 A decir de REATEGUI SÁNCHEZ, la accesoriadad se destaca, como modelo técnico-legislativo, porque aunque exista un verdadero peligro o lesión efectiva a los objetos ambientales, resultará irrelevante penalmente sino se infringe las normas jurídicas de protección del ambiente, "La contaminación ambiental como delito en el Código Penal", art. cit., p. 181.

forma más fuerte de dependencia se presenta cuando la norma penal de conducta por sí sola prescribe la observancia de determinadas decisiones de la autoridad administrativa y, con ello, de manera exclusiva el injusto administrativo formal es objeto del tipo delictivo³⁴.

Al margen de la flagrante "administrativización del derecho penal" que se manifiesta en algunas de estas figuras delictivas, en el caso específico del término "sin autorización", nos preguntamos con razón: ¿Qué sucede cuando el agente establece un vertedero o botadero de residuos sólidos que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos, contando con la autorización de la Administración?^{35, 36} Es que acaso no puede desconocerse que en una administración donde campea la corrupción, el soborno y el cohecho, pueden obtenerse licencias, concesiones y/o autorizaciones de forma ilegal, donde la resolución autoritativa no ha cumplido en rigor con el proceso de evaluación que se requiere para aprobar la solicitud. Nos encontramos ante un tropiezo, que en principio podría generar lagunas de impunidad, pues conductas peligrosas para el bien jurídico tutelado, quedarían sustraídas de una efectiva sanción punitiva, lo cual sería político-criminalmente insatisfactorio. Dicho así una autorización administrativa *formalmente* válida no puede exonerar de responsabilidad penal al autor, cuando es *materialemente* inválida.

Por otro lado, se pone en discusión la imposición del legislador, de subordinar la intervención del derecho penal en materia ambiental, a decisiones puras de la administración, lo cual habría de restarle autonomía e independencia. De cuño, habrá que indicarse que si bien el *ius puniendi* estatal debe actuar generalmente de forma autonómica, no es menos

34 TIEDEMANN, K., "El derecho penal ambiental alemán en su contexto europeo y mundial", art. cit., p. 218.

35 Cuestión distinta, resulta de que esa misma conducta pueda a su vez, ser cobijada en otros tipos penales.

36 La exigencia de un permiso o certificado *sólido*, hemos de advertir en el caso de los delitos contenidos en los arts. 308 y 309 del CP (delitos contra los recursos naturales).

cierto que en materias —tan versátiles y dinámicas— como el medio ambiente resulta casi imposible pretender independizar la reacción penal del Estado, mas eso tampoco ha de conllevar posiciones que conduzcan al otro extremo; de someter por completo la actuación del derecho penal. Abogamos por una resolución intermedia que tenga como premisa la tarea fundamental del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho: “la protección preventiva de bienes jurídicos”³⁷.

En opinión de SCHÜNEMANN, en el derecho penal del medio ambiente naturalmente se aplica el principio de la accesoriidad respecto del derecho administrativo, si es que y en la medida en que se entienda por derecho administrativo las leyes que regulan el aprovechamiento del medio ambiente. En tanto que la aplicación de una pena debe tener como presupuesto, por mandato constitucional, una amenaza penal previa en la ley escrita, no puede amenazarse con sancionar, ni de hecho sancionar, aquello que el legislador ha calificado como permitido y, con ello, como no lesivo socialmente³⁸.

De hecho, el principio de “unidad del ordenamiento jurídico” ha de irradiar todo el ámbito de punición, en el sentido de que una conducta que es permitida por el derecho administrativo no pueda ser amenazada con una pena. No obstante, dicha afirmación no puede dejar de reconocer que el legislador, a fin de privilegiar ciertos grupos y/o sectores de la economía, sustraiga de la reacción punitiva, hechos en realidad lesivos para un bien jurídico, como aconteció con la dación de los D. Leg. N.º 1034 y 1044 de junio del 2008.

La problemática descrita podría ser resuelta de la siguiente manera: si es que se verifica *a posteriori* que la autorización administración cuenta con serios vicios de irregularidad, al adolecer de ciertos elementos intrínsecos de validez, se puede postular la declaratoria de su nulidad, cuyos efectos se

37 Véase, de forma amplia, REÁRGUI SÁNCHEZ, J., “La contaminación ambiental como delito en el Código Penal”, art. cit., pp. 181-185.

38 SCHÜNEMANN, B., “Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal”, art. cit., pp. 209 y 210.

retrotraen al momento de la emisión del acto administrativo, por lo que quedaría incólume el principio de legalidad (*lex praevia*). En estos casos, el agravio al “interés público” es más que evidente, al ponerse en riesgo un bien jurídico de gravitancia colectiva.

El art. 202 de la LPAG, Ley N.º 27444³⁹, dispone al respecto lo siguiente:

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el art. 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravicen el interés público.

202.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo solo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

Por su parte, la LGA, en su art. 7.1, dispone que las normas ambientales, incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de

39 De aplicación supletoria según lo dispuesto en la Tercera Disposición Final y Complementaria de la Ley N.º 27444.

conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales, son de orden público. Es nulo todo pacto en contra de lo establecido en dichas normas legales.

La fórmula propuesta importa una salida idónea para contrarrestar una posible accesoriedad del derecho penal en el ámbito de la criminalidad ambiental; de que hechos en realidad dañosos ingresen a un mar de impunidad. En palabras de SCHÜNEMANN, si toda autorización administrativa aunque fuera ilegal, excluyera la posibilidad de penalizar, por ejemplo, la contaminación de aguas, el límite del derecho penal ya no sería fijado por el legislador, sino por el Poder Ejecutivo⁴⁰.

Con lo expuesto, se ancla a un nivel intermedio, de una interrelación funcional y normativa entre el derecho administrativo sancionador (ambiental) y el derecho penal, sin llegar a soluciones extremas⁴¹, que haya de privilegiar una u otra esfera del orden jurídico-público sancionador.

3. La reforma político-criminal de los delitos ambientales vía la sanción de la Ley N.º 29263

La necesidad del Estado peruano por suscribir un TLC con los Estados Unidos de Norteamérica, propició toda una reforma legislativa en varios campos de la juridicidad. Para el país del norte, resulta indispensable que el Perú adecúe su derecho positivo, de acuerdo a cierto estándar normativo, amén de proteger eficazmente los recursos naturales, la fauna silvestre, los derechos intelectuales y la propiedad industrial.

De recibo, países en vía de desarrollo como el Perú necesitan promover las exportaciones, la industria nacional, así como el nivel del intercambio comercial a un nivel significativo, como motor del desarrollo y despegue socio-económico de la nación; generándose un terreno fértil para la suscripción de TLC. Sin embargo, otra cosa es ceder soberanía.

40 SCHÜNEMANN, B., "Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal", *art. cit.*, p. 210.

41 *Ibid.*, p. 216.

critérios de imputación sostenidos en cada una de estas expresiones del derecho administrativo sancionador⁵⁰.

La argumentación descrita nos lleva a reafirmar la necesidad de que el derecho penal intervenga en este plano social, donde el bien jurídico—protegido—, requiere de una tutela jurídica, cuya efectividad y eficiencia solo puede predicarse en la posibilidad de ejercer una amenaza legal lo suficientemente enérgica y, esa disuasión conductiva solo puede ofrecerla la ley penal. Lo que se pretende es que el carácter persuasivo de esta rama del derecho lleve a los individuos a tomar los cuidados necesarios a fin de evitar el deterioro ambiental⁵¹.

II. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL.

Art. 304. "El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, 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".

"El 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

50 *Ibid.*, p. 169.

51 BEARA, Elisabeth y Jimena Nahir RODRÍGUEZ, "La problemática del derecho penal ambiental", art. cit., p. 157.

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".

1. Conceptos generales: bien jurídico

El medio ambiente, después de la vida, constituye el bien jurídico de mayor relevancia en la sociedad actual en mérito a un doble baremo a saber: primero, por la incesante evolución tecno-práctica de la sociedad posindustrial que revela la proliferación de toda una gama de actividades socioeconómicas, cuyo empleo disfuncional ha generado serias amenazas a la conservación de un sistema ecológico viable y equilibrado y, segundo, al pasar en primer plano, en el umbral del tercer milenio como un "derecho fundamental" de las presentes y futuras generaciones de la humanidad.

Importa, entonces, un bien jurídico de primera línea, cuya relevancia hemos de observarla en el marco del escenario social y político, con la avanzada notable de los grupos ecologistas, con la extensa normatividad que se ha sancionado al respecto y conforme a las exigencias que su protección requiere no solo en el mundo de hoy sino también de cara al mundo del mañana.

La contaminación ambiental, sin lugar a dudas, se ha convertido en la amenaza más latente del mundo moderno, que pone en riesgo la propia existencia del ser humano, de la humanidad en su conjunto, cuya permanencia en el planeta depende de un sistema ambiental que pueda garantizar condiciones de vida de calidad.

En la actualidad se advierte todo un cambio climático, en mérito al denominado "calentamiento global", en cuanto a las alteraciones producidas por la contaminación así como los efectos causados por la acción humana sobre los medios naturales, haciendo elevar las temperaturas a niveles insostenibles, lo cual repercute en las condiciones de vida humana

del desarrollo de la fauna y de la flora. Se avizora una serie de peligros que pueden generar enfermedades bronco-pulmonares así como la destrucción de campos de cultivo.

La contaminación ambiental hemos de verla también en la emisión, propagación y ebullición de una serie de sustancias, de gases tóxicos, que alteran la composición normal del aire que todo ser humano respira día a día, pudiendo provocar daños irreversibles que ya se sienten en ciertos lugares del planeta.

El smog, por ejemplo es una manifestación típica de la contaminación ambiental, conteniendo una serie de elementos contaminantes que se expande en la atmósfera, constituido por el ozono a nivel del suelo y partículas que se crean en el aire; dando lugar a un campo fecundo de aparición de enfermedades, conforme se inhale una mayor cantidad de aire contaminado. Así, puede decirse en el caso del cáncer en la piel, así como las complicaciones respiratorias; de ahí, que se recomienda a quienes padecen del segundo mal de residir en zonas alejadas a la ciudad. Se sabe que el dióxido, así como el monóxido de carbono, son agentes potenciales en la generación de enfermedades; también el mercurio, pues residuos de metales pesados pueden producir daños sensibles a la población si es que se alimentan de animales que hayan ingeridos dichas sustancias.

El petróleo que pueda verse en las aguas, es decir, las ingentes cantidades de combustible que puede ser arrojado al mar, puede también propiciar graves estragos a la naturaleza ambiental. Las exploraciones petroleras, así como las pruebas de armamentos nucleares, están alterando el ecosistema. Son las grandes potencias económicas del orbe las más responsables de todo el deterioro ambiental que se revela en el tercer milenio.

La descripción del estado de la cuestión alcanza también a los ecosistemas, es decir, las áreas naturales en las cuales se desarrollan seres vivos (mar, lagos, lagunas, ríos, manantiales, bosques, etc.). Es, en tal mérito,

que se construyen áreas protegidas para la conservación y protección de las especies (fauna y flora).

Finalmente, en lo que se conoce como el "efecto invernadero", una gran parte de la radiación solar pasa a través de la atmósfera, calentando la superficie de la tierra, radiación que es reflejada en el suelo y enviada hacia el espacio. Más parece que la generación excesiva de los gases de invernadero hace que se producen mayores cantidades de radiación infrarroja, lo cual incide en un calentamiento climático.

Todo lo dicho, describe un panorama desolador: agotamiento de los recursos naturales, extinción de algunas especies de la fauna y de la flora; todo ello importa una aguda reflexión que debe traducirse en una distribución equitativa y compartida de la responsabilidad social y jurídica de los actores.

La contaminación ambiental es el efecto más temible de la no utilización adecuada de los recursos naturales. Debido a esto, ha ingresado en el ámbito de lo jurídico, trascendiendo la barrera de lo puramente administrativo. Hoy es concebida como un tipo penal en diversas legislaciones⁵².

No solo con la intervención del derecho penal, mediando la tipificación penal del art. 304 del CP, es que se puede combatir y reducir ostensiblemente los niveles de contaminación ambiental que aqueja al planeta.

Es cierto, que la política criminal, en el marco de la "contaminación ambiental", asume una posición de vanguardia, amenazando con pena a todos aquellos que realicen cualesquiera de las conductas que se describen normativamente en el presente articulado; empero, es una ceguera pretender cargar toda la responsabilidad al aparato punitivo del Estado, pues si no se aparejan otras medidas de gestión multisectoriales, será muy poco lo que pueda hacer esta parcela del ordenamiento jurídico.

52 BARRERO CÁCERES, "La contaminación ambiental como delito de resultado", art. cit., p. 81.

En el presente caso, estamos frente a una figura delictiva "omnicom-
prensiva", al cobijar bajo su radio de acción una serie de comportamientos
típicos, así como una diversidad de intereses jurídicos a tutelar⁵³, dando
lugar inclusive a todo un tópico de conceptos, que parten de la idea del
"medio ambiente" como plataforma sobre la cual se sostiene el bien ju-
rídico protegido.

El bien jurídico, por ende, constituye el medio ambiente como
atmósfera natural y hábitat del ser humano y otros seres vivos; por ello,
se requiere que esté desprovisto de cualquier sustancia o elemento que
tienda alterar el estado normal de las cosas. Aglutina en su seno: "el suelo,
el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas". Ingresa como
protección jurídico-penal un interés de naturaleza difusa, cuya titularidad
recae sobre el colectivo, sobre personas indeterminadas, sin que ello obs-
te a identificar sujetos pasivos determinables, cuando la contaminación
ambiental produzca daños efectivos a la vida y salud de las personas⁵⁴.

Como se puso de relieve en líneas introductorias, la protección
jurídico-penal no solo ha de ser percibida desde un plano conservador del
sistema ecológico, sino también a partir de un estándar de "calidad am-
biental", tal como se ha dado contenido en el precepto penal en cuestión,
siempre partiendo de criterios, de índices de medición, etc.

Se trata de un tipo penal "mixto", pues la punición ha de entenderse
desde un ámbito concreto de lesividad hacia el bien jurídico, así como
desde un estado potencial de peligro; deviene, por tanto, en un tipo penal
de lesión y de peligro a la vez, cuya configuración en un plano de valora-
ción ha de incidir en el ámbito determinación judicial de la pena y no en
una esfera estricta de adecuación típica, como un elemento definidor de
un plus de "antijuridicidad material".

53 Así, MORALES PRATS, E., al referirse al art. 325 del CP español, *Responsabilidad penal por contaminación ambiental*, pp. 201-204.

54 Así, CARMONA SALGADO, C., "Delitos contra los recursos naturales", art. cit., p. 55.

Con todo, el derecho penal no puede esperar que se produzcan estados
perjudiciales de la atmósfera, del suelo o de las aguas, para intervenir en
la esfera de libertad ciudadana, desde una visión que no se inserta en un
plano antropocéntrico, más bien desde un enfoque *econocéntrico*.

Dicho lo anterior, un sector de la doctrina, de la que convergemos,
apunta a interpretar el delito de contaminación como delito de peligro.
No haya otra manera de materializar la preservación para el mañana del
medio ambiente y el desarrollo sostenible, que garantice su no degradación,
en los términos establecidos en la constitución política⁵⁵.

Al dar un discurso en puridad "punitivista" no podemos dejar de
mencionar los evidentes obstáculos que pueden presentarse para que se
pueda imponer una sanción penal a los responsables de una contaminación
ambiental, no solo por las deficiencias interpretativas y de procesamiento
que pueden develar los operadores jurisdiccionales, sino también por la
incrustada legislación administrativa que se coloca al frente, que en la praxis
puede constituir un escollo muy difícil de salvar, para dar paso a la inter-
vención del derecho penal. No menos importante es el tema probatorio,
es decir, que medios probatorios han de emplearse para poder verificarse
la existencia del injusto penal ambiental. No puede desconocerse que la
acreditación del delito de contaminación ambiental requiere de pruebas
periciales especializadas, de expertos sobre la materia, que no son muchos
en nuestro país.

A lo dicho, MORALES PRATS escribe que es lógico pensar que la
practicidad y eficacia de las previsiones penales dependa en gran me-
dida del propio desarrollo e implantación de la legislación ambiental
extrapenal⁵⁶.

55 BARRERO CÁCERES, "La contaminación ambiental como delito de resultado", art. cit., p. 90.

56 MORALES PRATS, E., *Responsabilidad penal por contaminación ambiental*, ob. cit.

2. Tipicidad objetiva

2.1. Sujeto activo

Según una lectura del dispositivo legal, en este no se hace alusión a un elemento condicionante de autoría, en el sentido de exigir una cualidad funcional o de otra índole para ser considerado sujeto activo del delito de contaminación ambiental; por lo que se trata de un delito común.

Autores, serán todos aquellos que cuentan con el dominio del acontecer típico, quienes tienen la posibilidad de frustrar el evento típico, como protagonistas del suceso delictivo. Dicho dominio funcional puede ser compartido por varias personas, siempre que en aquellos concurren todos los elementos exigibles para el caso de una coautoría⁵⁷, de no ser así su intervención delictiva ha de ser calificada como "partícipes" (cómplice e instigador).

Los efectos perjudiciales del injusto ambiental pueden ser atribuidos a una persona jurídica, a una empresa que vierte residuos sólidos en el suelo en el marco de su actividad productiva. Empero, es sabido que estas ficciones legales, estas corporaciones empresariales no cuentan con los elementos necesarios para que pueda formularse la imputación jurídico-penal; de forma que deben ser identificados debidamente los individuos que ostentan con el dominio social típico, es decir, los gestores de las decisiones que se toman en los aparatos de representación y control de la *societas*; levantando el velo que cubre la estructura social, podremos advertir que personas son los verdaderos autores del delito.

Al constituir un tipo penal común, no será necesario acudir a la fórmula normativa del *actuar en lugar de otro*, al no exigirse cualidad especial alguna para ser considerado autor a efectos penales.

57 Véase, al respecto, PEÑA CARRERA FREYRE, A. R., *Derecho penal. Parte general*, t. 1, 4ª ed., Lima: Idemsa, 2013, pp. 360-366.

2.2. Sujeto pasivo

Al recoger el tipo legal la protección de un bien jurídico *supraindividual*, trataría de un interés difuso de orden colectivo, por lo que la sociedad en su conjunto sería la agraviada. No obstante, a efectos procesales serán aquellas instituciones a las cuales se le reconoce el "patrocinio difuso", las cuales asumirán la calidad de denunciante, en concordancia con lo previsto en el art. 82 del CPC.

2.3. Modalidades típicas

Como es de verse del art. 304 del CP, se recogen una serie de modalidades del *injusto típico*, parece que el legislador ha pretendido abarcar todos los supuestos, a fin de cerrar espacios de impunidad. Dicha estructuración típica ha querido abarcar, de forma precisa y detallada, todos aquellos ámbitos de protección que se desprenden de la idea del medio ambiente, a su vez de penetrar en todos aquellos comportamientos disvaliosos, susceptibles de dañar o lesionar el bien jurídico tutelado.

2.3.1. Normatividad extrapenal, políticas de gestión ambiental, competencias funcionales

Primer punto a saber, refiere a un presupuesto preliminar, dígame de conexión con la normatividad extrapenal, en cuanto a la "infracción de leyes, reglamentos o límites permisibles"; de forma que el legislador condiciona la tipicidad penal de la conducta, a una desobediencia administrativa, como indicador de una fuente generadora de peligro o riesgo, lo que obedeció nuestra consideración acerca de un supuesto caso de accesoriadad del derecho penal en materia ambiental. A lo cual, cabría decir que dicha vinculación puede resultar imprescindible para la tarea de definición jurídico-penal, precisamente la norma administrativa impone a los actores cierto estándar de actuación que permite delimitar los márgenes de una actuación *permitida* y aquella *no permitida*; donde la segunda puede

dar lugar a un injusto penal si es que la conducta cumple con el resto de condiciones de relevancia jurídico-penal⁵⁸.

Dicho lo anterior, el comportamiento penalmente prohibido se inscribe como una norma penal en blanco, donde la remisión a la legislación extrapenal constituye una labor irreversible del intérprete, en orden a elaborar la técnica de hermenéutica jurídica, de fijar los alcances normativos del tipo penal en cuestión. No nos vamos a detener sobre la discusión legitimadora de esta construcción normativa, solo diremos que su formulación en sede extrapenal debe cumplir en rigor con el mandato de determinación, en lo que respecta a la *lex stricta*, en tanto, garantía de certeza y seguridad jurídica.

Si estamos haciendo alusión a una materia como la ambiental, se conoce que las actividades económicas e industriales, en cuanto a su desarrollo e incesante evolución, pueden ir cambiando las valoraciones jurídicas de aquello que puede ser permitido con aquellos que rebasa los márgenes tolerables. Dicha cuantificación del riesgo, en cuanto a su variabilidad, ha de ser recogida por el derecho positivo, en el sentido de regular adecuadamente el campo de ilicitud y de licitud; perspectiva política criminal legítima en un orden democrático de derecho.

Cuestión distinta ha de verse en cuanto al conocimiento del agente potencial: *sobre todos los elementos constitutivos, ha de incluirse la norma extrapenal como categoría del dolo*. Según la teoría estricta de la culpabilidad o de una culpabilidad limitada, las consecuencias jurídicas serían distintas, mas ello nos lleva a un tema que nos conduce a otro norte de la discusión. A decir de BACIGALUPO, la cuestión de si en las leyes penales en blanco la existencia de la norma complementaria debe ser objeto de conocimiento del dolo no es producto de la técnica de remisión, sino de la estructura del tipo resultante⁵⁹.

⁵⁸ Véase, al respecto, CARRERA SALGADO, C., "Delitos contra los recursos naturales", *art. cit.*, p. 60.

⁵⁹ BACIGALUPO, E., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis-Llamé, 1984, p. 150.

¿Cuáles son los dispositivos legales a los que se debe remitir el intérprete, para definir los límites tolerables, los márgenes permisibles que al ser desbordados o contravenidos pueden dar lugar a un delito de contaminación ambiental?

En primera línea, tenemos que hacer mención a las entidades e instituciones públicas que se encargan de velar por el estricto cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales sobre el medio ambiente. Si hemos mencionado que la conservación y protección del sistema ecológico, de los ecosistemas así como de otros recursos naturales, importa un objetivo a ser trazado desde una política de gestión nacional, no es menos cierto que la complejidad del tema, amerita la articulación de políticas multisectoriales, donde intervienen una serie de instituciones y entidades públicas, pues en dicha política de gestión pública ambiental, toma lugar un proceso de "descentralización", en virtud del cual se transfieren una serie de funciones de forma ordenada, en orden a asegurar la capacidad de gestión idónea del Estado para garantizar la eficacia y eficiencia del diseño institucional. Dicha propuesta descentralizadora se ajusta plenamente al modelo jurídico-estatal adoptado en la Constitución Política del Estado. De modo que es una exigencia del estado nacional formular políticas públicas de gestión ambiental, que se estructuren sobre una plataforma que contenga líneas y pautas generales a seguir por el resto de estamentos públicos, a efectos de la sanción de normativas regionales y municipales, que puedan confluir en objetivos comunes. Para ello, se debe encargar dicha tarea a órganos especializados, de expertos —adscritos en la estructura de la Administración—, no olvidemos que se enfrenta a conductas de mucha complejidad.

Es de verse que una de las principales incorporaciones de la LGA, fue la estrechísima relación que subyace entre los estándares de calidad ambiental y la aprobación de los EIA así como de los PAMA; de modo que se consideran estándares de calidad ambiental al momento de fijar los parámetros de actuación de los agentes comprometidos.

Las actividades económicas, industriales, mineras, etc., han sujetado sus respectivas responsabilidades en los denominados LMP en virtud de los

cuales se establecen los límites tolerables (*riesgos permitidos*), conteniendo el máximo de emisiones que cada agente puede efectuar en el ambiente, a través de cualquiera de los cuerpos receptores (agua, suelo y subsuelo). Dicho alud ha determinado la necesidad de establecer LMP, en cada actividad en particular, sin embargo no todas han fijado dichos estándares, o si lo hicieron, procedieron normativamente de manera poco prolija. En tal entendido, puede que en algunos casos los parámetros normativos, en lo que respecta a los denominados "LMP", no reflejen el estado real de las cosas, en la medida que se permitan emisiones en el ambiente que puedan resultar riesgosas para la conservación y protección de este bien jurídico.

El EIA procede en el caso del aire, el ruido y radiaciones no ionizantes, así también para el supuesto de los recursos hídricos.

La EA constituye un elemento central de gestión ambiental, es de naturaleza preventiva, antes que correctiva, y está destinada a otorgar los elementos necesarios para un proceso informado de toma de decisiones (tanto de parte de la autoridad a su cargo como del titular del proyecto): dar a conocer los potenciales y previsibles impactos que el proyecto puede generar y ayudar a planificar las medidas que se deben tomar a fin de prevenir, disminuir, mitigar o (en la medida de lo posible) eliminar tales impactos⁶⁰.

Según lo expuesto, la puesta en escena de una política jurídica de constante análisis y revisión, constituye hoy en día un imperativo categórico, si es que se quiere contar con una legislación idónea, coherente y eficaz, en orden a los objetivos perseguidos en materia ambiental. Proposición normativa que ancla definitivamente la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo ambiental.

En virtud de lo anterior, se crea 1994 el CONAM, como organismo descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno, con

60 VIDE: RAMOS, R. P., "¿La minería vs las comunidades campesinas? Buscando soluciones a los conflictos ambientales en el Perú", en *Diálogo con la Jurisprudencia* N.º 111, Lima: diciembre del 2007, p. 329.

autonomía funcional, económica, financiera, administrativa y técnica, dependiendo del presidente del Consejo de Ministros; como organismo rector de la política nacional ambiental, teniendo por objetivo planificar, promover, coordinar, controlar y velar por el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

La Ley N.º 28245 del 2004, Ley Marco del SNGA, dispone en su art. 2.1, que el SNGA se constituye sobre la base de las instituciones estatales, órganos y oficinas de los distintos ministerios, organismos públicos descentralizados e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local que ejerzan competencias y funciones sobre el ambiente y los recursos naturales; así como por los sistemas regionales y locales de gestión ambiental, contando con la participación del sector privado y la sociedad civil. Mientras que el art. 3 (*in fine*) prescribe que el SNGA tiene por finalidad orientar, integrar, coordinar, supervisar, evaluar y garantizar la aplicación de las políticas, planes, programas y acciones destinados a la protección del ambiente y contribuir a la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Por su parte, el art. 2.2 de la ley señala que el ejercicio de las funciones ambientales a cargo de las entidades públicas se organiza bajo el SNGA y la dirección de su ente rector; esto quiere decir, que toda la política de "gestión pública ambiental" se estructura y define normativamente sobre los lineamientos que a tal efecto define el SNGA.

El artículo (*in fine*) describe que las funciones ambientales a cargo de las entidades señaladas en el art. 2 de la presente ley, se ejercen en forma coordinada, descentralizada y desconcentrada, con sujeción a la política nacional ambiental, el plan y la agenda nacional de acción ambiental y a las normas, instrumentos y mandatos de carácter transectorial, que son de observancia obligatoria en los distintos ámbitos y niveles de gobierno. El carácter transectorial de la gestión ambiental implica que la actuación de las autoridades públicas con competencias y responsabilidades ambientales se orienta, integra, estructura, coordina y supervisa, con el objeto

de efectivizar la dirección de las políticas, planes, programas y acciones públicas hacia el desarrollo sostenible del país.

La relación que subyace entre transectorialidad y descentralización se pone de manifiesto en el espacio de actuación desde una perspectiva transversal, donde toma lugar la descentralización, el territorio, el espacio urbano que determina la intervención sectorial.

En lo que respecta a la "competencia" de las diversas entidades sectoriales, es de verse que esta ha de recaer en los distintos ministerios y organismos públicos reguladores; a partir de un sistema "competencial compartido" que se distribuye territorialmente en base a una serie de criterios.

El art. 6 de la LSNCA señala que las competencias sectoriales, regionales y locales se ejercen con sujeción a los instrumentos de gestión ambiental, diseñados, implementados y ejecutados para fortalecer el carácter transectorial y descentralizado de la gestión ambiental, y el cumplimiento de la política, el plan y la agenda ambiental nacional. Para este efecto, el CONAM debe asegurar la transectorialidad y la debida coordinación de la aplicación de estos instrumentos, a través de:

- a) La elaboración y aprobación de normas de calidad ambiental, en las que se determinen programas para su cumplimiento.
- b) La dirección del proceso de elaboración y revisión de ECA y LMP, en coordinación con los sectores y los niveles de gobierno regional y local en y para el proceso de generación y aprobación de LMP;
- c) La dirección del SNEAI.
- d) La administración del SNIA.
- e) La elaboración del informe nacional sobre el estado del ambiente en el Perú.
- f) El diseño y dirección participativa de estrategias nacionales para la implementación progresiva de las obligaciones derivadas del

CNUCC, el CDB y los otros tratados en los que actúe como punto focal nacional.

- g) La formulación y ejecución coordinada de planes, programas y acciones de prevención de la contaminación ambiental así como de recuperación de ambientes degradados.
- h) El establecimiento de la política, criterios, metodologías y directrices para el ordenamiento territorial ambiental.
- i) La elaboración de propuestas para la creación y fortalecimiento de los medios, instrumentos y metodologías necesarias para inventariar y valorizar el patrimonio natural de la Nación.
- j) La elaboración de propuestas en materia de investigación y educación ambiental.
- k) El desarrollo de mecanismos de participación ciudadana.
- l) Directrices para la gestión integrada de los recursos naturales.
- m) Lineamientos para la formulación y ejecución de un manejo integrado de las zonas marinas costeras, así como para las zonas de montaña.
- n) La promoción de los sistemas de gestión ambiental en los sectores público y privado, considerando estándares internacionales.
- o) El desarrollo de incentivos económicos orientados a promover prácticas ambientalmente adecuadas.
- p) El desarrollo de instrumentos de financiamiento de la gestión ambiental.

Se pone de relieve —en la ley en cuestión—, que el CONAM es la autoridad ambiental nacional y ente rector del SNGA. Siendo el CONAM el ente encargado de planificar, promover, coordinar, normar, sancionar y supervisar las acciones orientadas a la protección ambiental y contribuir a la conservación del patrimonio natural; controlar y velar el cumplimiento de las obligaciones ambientales; dirimir y solucionar las controversias entre las entidades públicas; y ejecutar las acciones derivadas de las funciones

otorgadas por la presente Ley, su ley de creación y las normas modificatorias y complementarias.

Constituyendo una función esencial del CONAM, según lo reglado en los incisos e) y f) del art. 4 del SNGA, dirigir el proceso de elaboración y revisión de ECA y LMP. El CONAM elaborará o encargará, bajo los criterios que establezca, las propuestas de ECA y LMP, los que serán remitidos a la presidencia del Consejo de Ministros para su aprobación mediante decreto supremo. El CONAM, en coordinación con los sectores correspondientes, autorizará la aplicación de estándares de nivel internacional en los casos que no existan ECA o LMP equivalentes aprobados en el país; así como dirigir el SNEIA; que debe ser concordado con el art. 32.1 de la LGA, modificado por el D. Leg. N.º 1055, que a la letra prescribe que: "el LMP, es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al MINAM. Su cumplimiento es exigible legalmente por el MINAM y los organismos que conforman el SNGA. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho ministerio"; mientras que el art. 32.2, dispone que el LMP guarda coherencia entre el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y los niveles generales que se establecen en los ECA. La implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas, de acuerdo con las normas sobre la materia.

Según el contenido normativo invocado, se tiene que los "LMP", así como los "ECA", deberán ser regulados vía D.S., conforme a los dispositivos constitucionales pertinentes.

Los dispositivos legales a tomar en cuenta, son los siguientes⁶¹:

61 La Ley N.º 26786 de fecha 13 de mayo de 1997, Ley de evaluación de impacto ambiental para obras y actividades, modificó el art. 51 del D. Leg. N.º 957, en cuanto a las actividades a desarrollar por parte del CONAM

- D. S. N.º 002-2008-MINAM (Aprueban los estándares nacionales de calidad ambiental para agua)
- D. S. N.º 011-2009-EM (Contenido mínimo de la DIA para ejecución de proyectos de electrificación rural)
- D. S. N.º 044-98-PCM (Aprobación de ECA y LMP), derogado por el D.S. N.º 033-2007-PCM - Aprueban el procedimiento para la aprobación de los ECA y LMP de contaminación ambiental, cuyo art. 1 aprueba el procedimiento para la aprobación de los ECA y LMP, cuyo proceso es dirigido por el CNA, según las disposiciones finales y transitorias.
- La aprobación del D. S. N.º 011-2009-MINAM ha supuesto que las industrias de harina y aceite de pescado y de plantas de aprovechamiento de residuos hidrobiológicos que funcionan en el país, han de adecuarse a los LMP⁶², mediante la implementación tecnológica, para así evitar que sus emisiones puedan generar focos contaminantes en el ambiente

La legislación mencionada ha de ser valorada como un indicador, que nos debe —en cada caso concreto—, cuando la conducta genere un foco de *riesgo jurídicamente desaprobado*, como primer nivel a tomar en consideración para la verificación del injusto penal ambiental, que no necesariamente ha de responder a factores reales de lesividad, en la medida que una normatividad ambiental que no se ajuste a los indicadores que han de ser tomados con rigor en la actualidad, puede conllevar la no punición de la conducta, con arreglo al principio de legalidad. No estamos

62 Se establece como LMP, de los efluentes que serán vertidos dentro de la zona de protección ambiental litoral, 20 miligramos por litro para los aceites y grasas, y 100 miligramos por litro para los sólidos suspendidos totales; para ello se debe contar con un adecuado sistema de disposición final de los efluentes, considerando aspectos, como la distancia del vertido, profanidad, caudal y corrientes. A tales efectos, el Ministerio de la Producción, debe aprobar una guía para la actualización del plan de marco ambiental, para que los administrados alcancen el cumplimiento de los LMP, de sus efluentes pesqueros en concordancia con su Estudio de Impacto Ambiental o PAMA.

convencidos que de la legislación extrapenal pueda con propiedad fijar criterios de distinción entre el injusto penal y el injusto administrativo, tarea poco fácil para el juez⁶³; *máxime*, si no se han regulado en detalle elementos de valoración que puedan darnos algunos elementos para ello.

Así las cosas, queda en la práctica totalmente desdibujada la supuesta delimitación cuantitativa, al igual que la cualitativa también, teóricamente existentes entre la infracción penal y la administrativa, por lo que, dada la prioridad que tiene la primera de estas vías respecto a la segunda y atendiendo a la vigencia del principio *ne bis in idem*, en el momento en el que se tenga conocimiento de que los hechos pueden ser constitutivos de delito, habrá de paralizarse todo procedimiento administrativo sancionador, mientras la autoridad judicial no se hubiera pronunciado sobre ellos, debiendo quedar excluida la sanción de aquella primera clase, de recaer condena penal, y teniendo que respetarse los hechos que se hubieran declarado probados por el juez o tribunal, caso de que la sentencia fuera absolutoria (STC de 3 de octubre de 1983)⁶⁴.

A la par se genera la indispensabilidad de contar con mecanismos e instrumentos tecnológicos idóneos para la verificación o constatación de que la actividad económica haya superado los LMP, un ámbito de especialización que en el marco de la prueba pericial requiere del mayor rigor científico y metodológico, a fin de garantizar a los cometidos de la justicia material.

2.3.2. Estructura y naturaleza jurídico-penal de la técnica de tipificación legal

Ingresar a la descripción de la criminalidad ambiental, supone un viraje no solo de conceptualización del estado de las cosas, sino también de la idoneidad de los elementos dogmáticos para poder resolver adecua-

damente los casos concretos de disvalor antijurídico. Esta recategorización de los elementos dogmáticos ha traído consigo una redefinición también de la política criminal, incidiendo de forma decidida en la técnica legislativa, partiendo de la premisa que el bien jurídico, recogido en el título XIII del CP, es de naturaleza "supraindividual", por lo que la tipificación penal ha de tomar un cauce distinto, mediando la inclusión de los tipos penales de peligro, sea concreto o abstracto, donde el adelantamiento de las barreras de intervención punitiva obedece a un doble factor a saber: primero, que el derecho penal no puede esperar que se produzcan lesiones efectivas a los bienes jurídicos fundamentales, esto es, la vida, el cuerpo y salud de las personas y, segundo, el medio ambiente caracteriza un sistema en sí *inmaterial*, en algunos casi imperceptible, pero cuya sustancia en realidad desencadena repercusiones importantes, tanto desde una perspectiva sistemática como individual, desde los sistemas ecológicos como la calidad de vida, como aquel estándar que ha de garantizarse a todos los seres vivos que habitan el planeta Tierra.

Dicho de otro modo: "las nuevas tareas preventivas asumidas por el derecho punitivo, en cuya determinación político criminal ha significado la construcción de los bienes jurídicos colectivos, ha venido aparejada por la necesidad de crear tipos de peligro de mayor abstracción valorativa ante la imposibilidad de estimar de forma concreta el peligro que estas conductas típicas generan de modo visible y cuantificable"⁶⁵.

Dicho lo anterior, se pone de relieve en la doctrina que los injustos ambientales han de dirigirse a tutelar una dimensión estructura-natural de aquellos factores naturales, ecológicos, necesarios para cautelar un sostenimiento y conservación equilibrada del medio ambiente y, a su vez, de evitar aquellos peligros que los efectos contaminantes pueden producir en la vida humana, así como en el supervivencia de la fauna y de la flora.

Habría que inclinarse, entonces, por la estructuración de un tipo penal de *peligro*; no obstante, el legislador se inclinó por un tipo penal

63 En sentido contrario, REATEGUI SÁNCHEZ, J., "La contaminación ambiental como delito en el Código Penal", art. cit., pp. 203-204.

64 Citado por CARMONA SALGADO, C., "Delitos contra los recursos naturales", art. cit., p. 62.

65 PEÑA CARRERA FRIEYRE, A.R., *Derecho penal económico*, Lima: Jurista Editores, 2009, p. 53.

“mixto”, pues la punición de la conducta enjuiciada puede tomar lugar a través de la acreditación de un daño efectivo o de que aquella pueda causar un perjuicio u alteración al ambiente o sus componentes, lo que determina dos posibilidades de estimar la configuración del injusto penal de contaminación ambiental.

Desde un plano estrictamente dogmático, y tal vez político-criminal, puede resultar muy conveniente la técnica del delito de *peligro abstracto*, mas ello puede tener consecuencias muy notables en el marco estrictamente probatorio en el proceso penal, así como develar ciertos indicios de ilegitimidad, colocando en una suerte de valoración *muy discrecional* de las autoridades funcionales competentes así como de ciertas grietas de inseguridad jurídica en la justicia penal.

Ahora bien, la pregunta sería la siguiente: ¿Cómo ha de constatarse dicho *peligro potencial*, y en base a qué intereses jurídicos? Primero, debe aclararse que debe tratarse de un *peligro no solo potencial*, sino sobre todo con idoneidad o aptitud suficiente para poder colocar en un real estado de riesgo a los componentes ambientales (suelo, aguas marítimas o subterráneas), sin necesidad de advertirse un *peligro concreto* a la vida y salud de las personas. Dicha aptitud o idoneidad ha de ser medido, tanto desde una perspectiva *ex ante* como *ex post*, en cuanto a la verificación de que la conducta atribuida al agente, haya generado dicho estado de riesgo para los intereses jurídicos tutelados por la norma penal, lo cual puede generar cierta problemática cuando concurren a su vez otros riesgos que no ingresan a la esfera de organización del agente, sino a otros factores causales concurrentes o concomitantes⁶⁶. Siempre estará presente aquel instrumento jurídico-procesal denominado *in dubio pro reo*, que puede, en algunos casos, sustraer de punición a los verdaderos culpables de estos graves delitos.

En definitiva, los delitos de aptitud no suponen menos actividad probatoria que los delitos de peligro concreto, sino que la misma se dirige

66 *Ibid.*, p. 56.

a acreditar hechos distintos: el peligro en los delitos de peligro concreto, la idoneidad de la conducta para producir un resultado en los delitos de aptitud^{67 68 69}. A nuestro entender, ratificamos la naturaleza del tipo penal como mixto, tanto en lo que respecta a un resultado disvalioso, como una modalidad típica de peligro concreto, que en realidad consiste en la misma entidad del llamado delito de aptitud, no consistente en un juicio hipotético, de tipo apriorístico, sino de la descripción de una acción que con rayana seguridad pueda producir una lesión al interés jurídico —penalmente tutelado—⁷⁰; donde la lesión no tiene que ver con los bienes jurídicos de entidad personal, sino con el bien jurídico espiritualizado (medio ambiente).

El analizado precepto reclama la constatación, en el caso concreto, de la aptitud del acto contaminante para producir un peligro *ex ante* (peligrosidad objetiva y real de la conducta formulada *ex ante*) con relación al equilibrio de los sistemas naturales o a la salud de las personas, y se trata de una exigencia típica esencial para la conformación del delito, a diferencia de lo que acontece en los delitos de peligro abstracto *estricto sensu*, fundamentados en una presunción general de peligro⁷¹.

67 PRATS CANUT, J. M. y OTRO, *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, ob. cit., p. 1192; BARRERO CÁCERES, J., “La contaminación ambiental como delito de resultado”, art. cit., p. 92.

68 Así, MORALES PRATS, F., *Responsabilidad penal por contaminación ambiental*, ob. cit..

69 De particular posición es CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra los recursos naturales”, art. cit., pp. 63 y 64.

70 En opinión de RELÁTEGUI SÁNCHEZ, en el presente caso estamos ante un peligro concreto porque el peligro está expresamente indicado en la ley, por tanto dicho peligro es un elemento del tipo objetivo que podemos definirlo como un estado anormal de situación riesgosa que de acuerdo a las circunstancias tendrá que ser de carácter actual e inminente con probabilidad de lesión hacia el bien jurídico protegido, donde dicha peligrosidad se realiza en base a una presunción *juris tantum*; es decir, hay una inversión de la carga de la prueba a favor del agente, además este delito es verificable a través de un juicio de peligrosidad *ex post*. “La contaminación ambiental como delito en el Código Penal”, art. cit., p. 222.

71 MORALES PRATS, F., *Responsabilidad penal por contaminación ambiental*, ob. cit..

En la doctrina colombiana, según lo previsto en el art. 332 de su CP, se postula también que la incriminación responde a la categoría de delitos de peligro concreto, en que la acción de contaminar provoca un peligro concreto al bien jurídico recursos naturales y medio ambiente^{72,73}.

Si es que el comportamiento disvalioso produce una afectación en la vida o salud de las personas, habría de verse un concurso delictivo, mas el legislador, en esa desesperación por querer abarcarlo todo, dispuso dicho resultado material antijurídico, como una modalidad agravada contenida en el art. 305 del CP⁷⁴. Si dichos estadios lesivos se presentan, por ejemplo la muerte de un comunero, la tipificación penal sería el homicidio culposo, según los alcances normativos del art. 111 del CP al ser el bien jurídico preponderante; no pueden ser valorados dos veces un mismo hecho, por lo que ha de negarse un posible concurso de la agravante con el tipo de homicidio, so pena de vulnerar el principio del *ne bis idem* material.

Cuando ha de manifestarse una evidente lesión a los componentes ambientales, se configura la modalidad "lesiva", que en términos de penalidad puede incidir en una mayor descarga del *ius puniendi* estatal, poniéndose en relieve una valoración estricta de antijuridicidad material, a tener en cuenta por el juzgador al momento de la determinación de la pena, siendo que el marco penal oscila entre los cuatro a seis años de pena privativa de libertad.

Por otro lado, conviene señalar que en el caso de la *aptitud potencial del riesgo*, implica a su vez una contravención administrativa, una infracción a un dispositivo legal comprendido en el derecho positivo ambiental, lo que daría lugar a una doble infracción por un mismo hecho. Tomando

en cuenta que el principio del *ne bis in idem* material se manifiesta a través de la denominada "triple identidad"⁷⁵, la discusión estribaría en los fundamentos de la sanción punitiva, en si el objeto de protección jurídica sería el mismo, tanto en sede penal como en sede administrativa. A lo cual habría que responder afirmativamente, pues no advertimos una distinción sustantiva entre ambos objetos de tutela, en ambos resulta siendo el medio ambiente, en cuanto a la protección, conservación de los componentes ecológicos así como los recursos naturales.

De lo anterior se deduce que si la conducta constituye *per se* un injusto penal ambiental, la Administración ha de abstenerse de ejercitar cualquier tipo de sanción en contra del agente, a menos que dicho comportamiento solo sea constitutivo de un injusto administrativo. Se puede inferir, por tanto, que la desobediencia administrativa se encuentra refundida en el injusto penal, cuando se menciona normativamente a la vulneración de normas, reglamentos o los LMP.

MORALES PRATS, siguiendo el análisis del art. 325 del CP español, apunta que dicho tipo penal exige la concurrencia de un acto contaminante, que debe presentar aptitud generadora del peligro grave para la salud de las personas o el equilibrio de los sistemas naturales; y en todo caso, el referido acto contaminante ha de verificarse con infracción de lo dispuesto en las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente⁷⁶.

La LGA, es decir, la *lex lata*, en su art. 138 conduce a un norte equivocado, al sostener que la responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismos hechos.

En la doctrina nacional, CARO CORIA no señala que, en todo caso, la infracción administrativa puede operar como "indicio de peligrosi-

72 CALDAS VERA, J., "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", *op. cit.*, p. 80.

73 En la doctrina ecuatoriana, a esta consideración llega MORÁN HERRERA, con respecto al art. 437-B del CP ecuatoriano, *Delitos y contravenciones penales ambientales*, p. 357.

74 Así, PRATS CANUT, J. M. y OTTO, *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, *ob. cit.*, p. 1190.

75 Véase, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R., *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, *ob. cit.*, pp. 90-111.

76 MORALES PRATS, F., *Responsabilidad penal por contaminación ambiental*, *ob. cit.*

dad", de modo que el juez deberá constatar caso por caso y conforme a las exigencias del concreto tipo penal la presencia de una posibilidad de afectación al bien jurídico⁷⁷.

Indicio de peligrosidad, un pronóstico objeto de aptitud de riesgo para el interés jurídico, que no será suficiente para dar por acreditada la premisa fundamental, del injusto penal ambiental, pues dicha conducta debe revelar un potencial riesgo para el bien jurídico.

De todo ello, cabe concluir que en estos momentos la responsabilidad penal en materia ambiental nacerá, fundamentalmente, de un incumplimiento del deber de actuación, que puede dar lugar a un delito de resultado/peligro o a un delito de resultado/lesión, en función a una interpretación doctrinal o jurisprudencial que se haga de los tipos penales⁷⁸.

2.3.3. Objeto material

La descripción típica —*in examen*— hace alusión a una serie de componentes ambientales, de subsectores, componentes de lo que hoy conocemos como "medio ambiente"; así se expresan normativamente los siguientes elementos: "la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterránea".

Primer elemento a saber es la "atmósfera"; se dice que es una capa gaseosa que rodea el cuerpo celeste u otro cuerpo cualquiera⁷⁹; constituye en puridad el marco sobre el cual fluye el aire que respiramos, importa el área donde se desarrollan los seres vivos.

El "suelo" ha de ser definido como el área sobre el cual se sostiene el hombre en su vida natural, así como el sostén de toda manifestación de

77 Citado por REATEGUI SÁNCHEZ, J., "La contaminación ambiental como delito en el Código Penal", art. cit., p. 202.

78 PEÑA CABRERA, J. M. y otro, *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, ob. cit., p. 1189.

79 CALDAS VERA, J., "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", art. cit., p. 80.

vida vegetal. Cada país o región en particular posee un suelo, caracterizado por su accidentada geografía; el clima, los movimientos telúricos, erupciones volcánicas, etc., generan consecuencias inevitables en la estructura del suelo. Sin duda, el suelo es un recurso natural que en mayor medida es perjudicado por la intervención del hombre; los campos de cultivos, los prados y bosques son convertidos permanentemente en espacios de comercio, industria, de edificios gigantescos, produciendo su inevitable degradación. Así también, los incendios y la deforestación propician la pérdida de las propiedades inherentes al suelo.

La necesidad ambiciosa del hombre por obtener mayor fuente mineral, sobre todo en la exploración y explotación de pozos petroleros, determina la transformación del suelo, alterando su natural funcionamiento, agotando sus riquezas, en mérito a la incesante depredación que toma lugar de forma continua e incesante.

Por su parte, el "subsuelo", es la parte que se sitúa por debajo del suelo, la corteza que adquiere prolongadas dimensiones, donde por lo general no resulta viable la vida de los seres vivos. Se dice que es el terreno que está debajo de la capa labrantía o laborable, o en general debajo de una capa de tierra⁸⁰. El reconocimiento de la parte inferior del suelo y del lecho marino se exhibe como intrínseca a la naturaleza del territorio [...] ⁸¹.

Las "aguas terrestres" forman parte del recurso hidrológico, compuestas por la combinación de una serie de elementos líquidos, cuyo torrente fluye y discurre a lo largo de una serie de territorios. Estas aguas se encuentran en contacto con la tierra, a su vez toman la denominación de ríos y lagos; los primeros importan corrientes continuas que discurren sobre la superficie terrestre, que desembocan en el mar; mientras que los segundos, son como una especie de pozos de agua, donde no se genera la corriente marina a diferencia de los ríos, depositándose en las depresiones que forman el agua de las lluvias y de los ríos.

80 *Loc. cit.*

81 MONTIÑO CHÁVEZ, V., "El territorio nacional", en *La Constitución Comentada*, t. 1, Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 752.

Las "aguas marítimas" son aquellas que bordean los mares, los océanos, que cubren grandes espacios territoriales; aquellas que circundan los continentes, que en algunos casos describen la circunscripción territorial de algunas naciones (isla). En esta nomenclatura podemos identificar las "aguas libres" y las "aguas adyacentes"; las primeras no están sometidas a jurisdicción soberana de ningún Estado, y las segundas son las que bañan el litoral de una determinada nación, por lo que aquel asume plena soberanía sobre su extensión, en concreto, sobre la "zona económica exclusiva", las doscientas millas marinas en el caso del Perú, según se consagra en el art. 54 de la Ley Fundamental.

El agua —como tal— puede verse contaminada por la acción de diversos agentes, sean estos químicos y gaseosos, como los detergentes, el aceite, la gasolina y otros elementos tóxicos, afectando de forma considerable el volumen de oxígeno, lo que implica, en algunos casos, la imposibilidad de que las especies acuáticas puedan sobrevivir. No solo ello, sobreviviendo el animal, este al formar parte del alimento humano cotidiano, puede generar daños sensibles al organismo de los consumidores.

2.3.4. Verbos rectores

La figura delictiva de la "contaminación ambiental" toma lugar a través de la siguiente definición conductiva, que es recogida en el art. 304 del CP: "provocar o realizar descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes".

Antes de pasar revista a cada uno de los elementos mencionados, debemos ingresar a definir qué hemos de entender por contaminación ambiental. Como se sostuvo líneas atrás, el medio ambiente se instituye en todo un sistema integrador de una serie de conceptos, en los cuales se agrupan los ecosistemas, los recursos naturales, así como otros factores inherentes a dicha plataforma onmicomprensiva. Así, dicho ambiente será propicio para la conservación y desarrollo de la vida humana y demás seres vivos, cuando cuenta con las condiciones favorables para garantizar la

viabilidad del sistema, que posibilita la vida en la tierra. Mas no solo puede hablarse de la necesidad de proteger y conservar el medio ambiente, sino la de procurar una determinada "calidad ambiental".

Dicho lo anterior, la contaminación ambiental ha de aparecer cuando se produce una alteración, un cambio, una modificación en las características físicas, químicas o biológicas del ambiente, pudiendo afectar de forma considerable la supervivencia de las especies y de la propia vida humana. Por lo general, la contaminación toma lugar por propia acción del individuo, o por obra de ciertas sustancias, organismos que pueden generar estragos en el aire o en las aguas de un determinado territorio. Importan sustancias que no se encuentran presentes en los sistemas ecológicos, pero que al penetrar en aquellos, desencadenan niveles altos de concentraciones tóxicas.

Primera, conducción típica, es la "provocación o emisión de descargas contaminantes" en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, aguas marítimas o aguas terrestres.

Mientras el término "realizar" hace referencia a la ejecución inmediata de la emisión o vertido, cabe interpretar el término "provocar" como intervención mediata en dicha ejecución, bien porque se trata de actividades previas, en ocasiones necesarias, a la ejecución inmediata, bien porque, en opinión de RODRÍGUEZ DEVESEA, se realiza "una actividad en sí no nociva, que origina productos secundarios nocivos o que pueden serlo por ulterior transformación"⁸².

La realización en su acepción gramatical supone la concreción efectiva de la acción u omisión, que haya de generar la emisión de descargas contaminantes, que efectúa materialmente el autor; por su parte, la provocación implica una actividad distinta, no determina de forma inmediata la descarga contaminante, sino que, como actuación anterior, propicia las

82 BOIX REIG, J. y A. JAREÑO LLAL, *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., p. 1596.

condiciones favorables para que tome lugar la acción contaminante, cuya naturaleza sería la de un acto de complicidad o de instigación⁸³.

Dicho lo anterior, la modalidad de "realizar" puede manifestarse de forma directa o indirecta, en términos de una autoría inmediata, o a través de un tercero, en términos de una autoría mediata.

El avance imparable de la industria, de la explotación minera y metalúrgica, así como el desarrollo de las plantas de hidrocarburos, plantean la exigencia de que dichos agentes económicos no emitan o provoquen descargas de elevados índices de sustancias contaminantes. Como explica CHENG, hoy tenemos un sinnúmero de sustancias químicas y biológicas en el ambiente que significan un riesgo para la salud porque se encuentran en altas concentraciones o debido a su naturaleza tóxica⁸⁴.

Las fuentes de constituyentes químicos, según la OMS, son de ocurrencia natural o provienen de fuentes industriales y edificaciones humanas (industrias extractivas como minería, manufactura y procesos industriales, alcantarillado, residuos sólidos, escurrientas urbanas y fugas de gasolina), actividades agrícolas (abono, fertilizantes, pesticidas), tratamiento de agua o materiales en contacto con agua potable (coagulantes, subproductos de desinfección, tuberías de PVC asbesto), pesticidas usados en agua para salud pública (plaguicidas usados en control de vectores), cianobacterias (lagos eutróficos), etc.⁸⁵.

Según informes recientes, se advierte que en muchas zonas de la sierra se han depositado, por años, relaves y humos procedentes de la explotación indiscriminada de los minerales, así como una serie de sustancias químicas que se han vertido en las aguas marítimas, como el mercurio. Así, de forma paradigmática lo que está sucediendo en la Oroya, en cuanto a las actividades económicas que efectúa la empresa Doe Run,

83. Véase CARMONA SALGADO, C., "Delitos contra los recursos naturales", art. cit., p. 57.

84. CHENG, B., "Control de los contaminantes químicos en el Perú", en *Revista peruana de medicina experimental y salud pública*, Lima, 2008, p. 413.

85. *Ibid.*, p. 414.

donde funciona un enorme complejo metalúrgico, donde recientes monitoreos efectuados por la misma empresa, demuestran que los promedios diarios de dióxido de azufre exceden entre 80 y 300 veces los LMP que establece la OMS. Es en tal virtud, que la SPDA y representantes de la AIDA, *Earthjustice* y el CEDHA, han sustentado una acción ante dicho organismo internacional, exigiendo medidas de carácter urgente para detener una posible grave contaminación⁸⁶.

En el f. j. n.º 31 de la STC N.º 0048-2004/PI, se dice lo siguiente: "El art. 67 de la Constitución establece la obligación perentoria del Estado de instituir la política nacional del 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 directivas 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 art. 2.22 de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

Dicha política debe promover el uso sostenible de los recursos naturales; *ergo*, debe auspiciar el goce de sus beneficios resguardando el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la nación y la protección y conservación de un disfrute permanente.

En tesis, constituye una obligación de las empresas que exploten recursos naturales, sobre todo en el área metalúrgica, de procurar un

86. Se señala que se emiten elevados índices de plomo, arsénico, cadmio, y dióxido de azufre, habiéndose comprobado que más de un 99 % de los niños que viven cerca del complejo sufren de intoxicación de plomo generando el complejo el 99.7 % de la emisión de contaminantes al aire. Siendo los efectos: deterioro irreversible del sistema respiratorio, diferentes tipos de cáncer, daños en el sistema reproductivo, en el desarrollo y en los órganos vitales.

aprovechamiento racional, no solo en cuanto a la explotación misma de la actividad, sino, sobre todo, cumplir con ciertos estándares que permitan cautelar la conservación de las áreas naturales y evitar la emisión o propagación de gases tóxicos que puedan colocar en un estado de riesgo la sostenibilidad y calidad del medio ambiente, con posible perjuicio de un disfrute equilibrado de dicho sistema conforme a las necesidades existenciales del ser humano.

La contaminación de los suelos afecta principalmente a las zonas rurales agrícolas y es una consecuencia de la expansión de ciertas técnicas agrícolas. Los fertilizantes químicos aumentan el rendimiento de las tierras de cultivo, pero su uso repetido conduce a la contaminación de los suelos y las aguas, sucede lo mismo con los plaguicidas utilizados para proteger los cultivos⁸⁷.

En materia minera existen una serie de dispositivos dirigidos a regular los niveles máximos permisibles para efluentes de líquidos en la industria minero-metal, en emisiones de gases en la industria minero-metalúrgica, mediante el dictado de las R. M. N.º 1196-EM-VMM y 325-96-EM-VMM.

El D. S. N.º 011-2009-MINAM aprueba los LMP para las emisiones de la industria de harina y aceite de pescado y harina de residuos hidrobiológicos.

Los desagües, depósitos de residuos así como una serie de agentes químicos que pueden filtrarse en las aguas subterráneas, forman los relaves⁸⁸, que son focos de contaminación que, por lo general, pueden suceder por obra de las actividades industriales, al no instalar sistemas idóneos de alcantarillado así como otras medidas tecnológicas que tiendan a neutralizar la contaminación de las aguas. Se requiere de una toma de conciencia real de las empresas, de invertir y gastar presupuesto suficiente para proce-

87 CHUNG, R., "Control de los contaminantes químicos en el Perú", art. cit., p. 415.

88 Constituyen desechos tóxicos subproductos de procesos mineros y concentración de minerales, por lo usual una mezcla de tierra, minerales, agua y rocas.

rar que el desarrollo normal de sus actividades no haya de repercutir en efectos contaminantes para los recursos naturales y los componentes del medio ambiente.

La compleja tipicidad objetiva *in examine*, trae a colación nuevos supuestos del injusto típico de contaminación ambiental, mediando la descripción normativa siguiente: "la emisión de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes".

Entre las grandes amenazas que hacen peligrar el medio ambiente, no solo encontramos aquellas que, de forma directa, inciden en un efecto contaminante de los componentes ambientales, sino aquellas que se producen por obra de comportamientos disvaliosos menos imperceptibles. Basta con andar por las calles y carreteras del territorio nacional, para poder advertir los altos niveles de ruidos sonoros que emiten los ciudadanos, sea conduciendo su vehículo, ofertando un producto en el mercado, en el marco de fiestas y reuniones sociales, discotecas y todo lugar público o privado, donde albergan a numerosas personas. Ni qué decir de las edificaciones, que se alzan día a día en nuestro país, como parte de una agresiva urbanización que cunde en muchas de nuestras ciudades.

Años atrás no se tomaba en serio la contaminación provocada por las emisiones de los ruidos sonoros, no se percibía los reales efectos perjudiciales de dicho fenómeno en el medio ambiente. No obstante, se le reconoce como un agente contaminante de mayor intrusión en la atmósfera.

Si hemos convenido que los bienes jurídicos que se protegen en la presente titulación cuentan con un ámbito legitimador, conforme se aprecia de su vinculación con los intereses jurídicos fundamentales⁸⁹, sin que ello implique anclar de forma estricta en una visión antropocéntrica. La contaminación "acústica"⁹⁰, como la podemos denominar, provoca grandes perturbaciones en el ambiente, cuyos efectos negativos pueden

89 Así, CARMONA SALGADO, C., "Delitos contra los recursos naturales", art. cit., p. 59.

90 Entendida como un sonido excesivo y molesto, que se produce a través de una variedad de actividades humanas.

encontrarse en la capacidad auditiva de las personas, así como en la salud mental (psíquica). Ruidos molestos, perturbadores, desencadenan efectos trascendentes en el carácter de los ciudadanos, tal como se aprecia en el tráfico rodado, donde muchos conductores pierden fácilmente el control de sus emociones (irritabilidad) así como la concentración.

Se sabe por información médica, que el oído solo puede soportar ciertos niveles de ruido, siendo que en algunos casos se sobrepasa esta medida, cuyo desborde cuenta con suficiente aptitud como para causar un perjuicio, alteración o daño grave en el ambiente o sus componentes (calidad ambiental o salud ambiental).

Si bien el ruido no se acumula, traslada o mantiene en el tiempo como otras modalidades de contaminación, también es susceptible de generar graves estragos en el medio ambiente, que puede traducirse en una disminución sensible de la calidad de vida de los comunitarios.

Los controles del ruido deben concretizarse en todas las esferas de la vida social y económica, sea en el ámbito industrial y empresarial, en el ámbito de la construcción, en los negocios nocturnos y toda actividad que pueda provocar la emisión de ruidos molestos; en este alud, son varias las instituciones públicas comprometidas, no solo el MINAM, pues debe sumarse el MEM, de Vivienda y Construcción, de Comercio Exterior, etc., así como los gobiernos regionales y las municipalidades. La prevención, control de los impactos acústicos es una tarea de todos que empieza por la labor educativa y termina en los derroteros aplicativos del derecho penal.

Los LMP han de ser determinados conforme al nivel del ruido sonoro, fijado como valor normativamente, a partir de la unidad del "decibel", unidad que expresa el nivel de presión sonora tomando en consideración el comportamiento del oído humano en función de la frecuencia.

En la doctrina, se hace alusión que la diferencia entre "emisiones" y "vertidos" no reside en la naturaleza de las sustancias que se emiten o vierten —material o residuo—, como en el medio en el que se realizan

estas conductas; así pues, mientras las emisiones solo tendrían lugar en la atmósfera, los vertidos se producirían en el agua o en la tierra⁹¹.

Por último, ¿qué debe entenderse por "contaminación radioactiva"? Se dice que las denominadas "sustancias radiactivas", que no están adecuadamente contenidas en recipientes estancos, pueden esparcirse, produciendo la contaminación de superficies, objetos o personas. Dicho fenómeno puede acontecer cuando sustancias radiactivas gaseosas, en forma de polvos o disueltas en agua, arrastradas por el aire o por salpicaduras, llegan al medio ambiente; aquella que se deriva por la dispersión de materiales radiactivos, como el uranio, reactores nucleares de centrales energéticas, como sucedió en *Chernobyl*. Cuando estas sustancias radiactivas se depositan en la piel de una persona, hablamos de contaminación radiactiva externa.

Se hace alusión también a la "contaminación electromagnética", la cual es producida por las radiaciones del espectro electromagnético que afectan a los equipos electrónicos, dependiendo de la frecuencia de las ondas electromagnéticas. De forma que el empleo de agentes nucleares y otros dispositivos electrónicos, susceptibles de emitir grandes descargas radioactivas, requiere de una regulación muy estricta, a fin de evitar sucesos dañinos a los componentes del medio ambiente; así también la instalación de centrales eléctricas como de las antenas de celulares, radios y otros afines. Si bien el Perú no es un país que se caracterice por poseer una industria avanzada en armamentos químicos y nucleares, es necesario prever cualquier tipo de eventualidad que pueda ocasionar impactos ambientales sumamente nocivos.

La legislación penal española ha tipificado también esta modalidad del injusto ambiental en su art. 325, a pesar de contar con una nomenclatura específica delictiva, relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes.

En la actualidad, la energía nuclear (en definitiva: procedente de procesos nucleares) se produce mediante la fusión de átomos de uranio o de

91 Cfr. CARRERA SALGADO, C., "Delitos contra los recursos naturales", art. cit., p. 58.

plutonio resultantes de la transmutación del uranio. La fusión desprende calor (y radiaciones ionizantes, derivadas de la liberación de ciertas partículas) que se transforma inmediatamente en energía mecánica y eléctrica⁹².

3. Formas de imperfecta ejecución

Conforme se expuso en líneas precedentes, el art. 304 del CP advierte, según su contenido normativo, un tipo penal "mixto"; al contemplar una forma dual de configuración típica, pues es de verse que la conducta ha de causar un perjuicio o alternativamente de poder causar un perjuicio en el ambiente o en sus componentes; quiere decir que la realización típica puede tomar lugar a partir de una doble contemplación de la conducta disvaliosa: primero, mediando la exteriorización de un comportamiento que haya supuesto la afectación del componente ambiental, por ejemplo, con la verificación de que las aguas de un río han sido efectivamente contaminadas por un desecho tóxico de un agente económico. Debe quedar claro que los daños, las consecuencias perjudiciales han de recaer sobre los sistemas ecológicos, sobre el medio ambiente, no al ámbito privativo de los bienes jurídicos fundamentales, pues de ser así habríamos de aplicar la agravante prevista en el art. 305 del CP.

La segunda variante define al contrario, la aptitud de un riesgo jurídicamente desaprobado susceptible de poder causar un daño concreto al bien jurídico tutelado; mediante la verificación *ex ante* y *ex post* de la conducta, de acuerdo a un baremo específico de valoración, que puedan determinar en rigor la "aptitud" de la conducta para poder causar un daño efectivo al medio ambiente o sus componentes. Si se acredita la infracción de los LMP —previstos en la norma extrapenal— más no la entidad suficiente del peligro, el comportamiento será constitutivo de una infracción administrativa.

92 GONZÁLEZ RUIZ, J. J., *Delitos contra la seguridad colectiva*, p. 98; cfr. OJAS BARRIGUE, E., *Comentarios al Código Penal*, vol. III, p. 1617.

Entonces, si la primera modalidad del injusto de contaminación ambiental es de *resultado*, los actos anteriores que aún no produzcan dicha eventualidad lesiva han de ser reputados como *delito tentado*; empero, si dicha actuación previa significa ya la creación de un *riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud de lesión al bien jurídico*, habría de encajar esta conducta según los contornos normativos de la segunda modalidad del injusto en su variante de *peligro concreto*.

Según la redacción normativa anterior del art. 304 del CP —antes de la modificación producida por la Ley N.º 29263—, la realización típica del injusto de contaminación ambiental exigía una multiplicidad de eventos lesivos o, si se quiere, de una puesta en peligro compleja, al señalar que el perjuicio habría de recaer en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos. Problemática que ya no se advierte en la composición normativa actual, al haber cambiado la conjunción "y" por la disyunción "o"; de manera que basta que se acredite la afectación o la puesta en peligro de aptitud de lesión de algún componente ambiental para dar por consumado el delito⁹³.

4. Tipo subjetivo del injusto

La figura delictiva —*in examine*— solo resulta reprimible, en principio, según una imputación dolosa en la esfera anímica del agente; conciencia y voluntad de realización típica, el autor dirige su accionar "delictivo" sabiendo que su conducta resulta susceptible de causar un daño ambiental o de poder causar dicho evento con rayana seguridad.

Es en este apartado que debemos determinar si la extensión de "cognoscibilidad" del dolo ha de abarcar también la norma extrapenal, pues no olvidemos que el art. 304 del CP, constituye un tipo penal en blanco, pues la materia de prohibición ha de ser complementada con el contenido de la normatividad administrativa. A nuestro entender, basta con que el

93 Como señalaba REATEGUI SÁNCHEZ, aquella reducía ostensiblemente la eficacia preventiva general de la norma penal, hasta focalizarla en una función simbólica negativa. "La contaminación ambiental como delito en el Código Penal", art. cit., p. 159.

autor conozca que su conducta, en cuanto a la emisión de gases tóxicos o de ruidos molestos, puede colocar en estado de aptitud de lesión al bien jurídico tutelado (componentes del medio ambiente); requerir que el agente conozca también que está infringiendo una norma extrapenal, de sobrepasar los LMP, sería una exigencia de alta intensidad, considerando la complejidad y excesiva frondosidad de esa materia, así como por un aspecto probatorio.

El potencial efecto perjudicial de la conducta es lo que marca la pauta del aspecto cognoscitivo del dolo, no otros datos a saber, cuya flexibilidad y continua variación, determinaría consecuencias indeseables. Será, finalmente, la Fiscalía y el juzgador quienes han de valorar si el comportamiento disvalioso, atribuido al autor, cumple en rigor, con los elementos constitutivos del injusto de contaminación ambiental.

En lo que respecta a la admisibilidad tipológica del dolo, a nuestro entender la incriminación no solo ha de verse con el dolo directo, sino también mediante la fórmula del dolo eventual⁹⁴: "conocimiento del riesgo típico", cuyo nivel de virtualidad ha de implicar la frontera con la culpa consciente.

5. Modalidad culposa

Según los alcances normativos del principio de mínima intervención, el derecho penal ha de intervenir únicamente en aquellos ámbitos sociales, donde se advierta la comisión de comportamientos insoportables para la sociedad, cuya exteriorización ponga en riesgo la existencia y desarrollo de los bienes jurídicos fundamentales. En tal mérito, el derecho punitivo, al incidir en una descarga intensa de coacción estatal, ha de guiar su dictado político-criminal, con un mínimo de racionalidad ética y teleológica.

Dicho lo anterior, la reacción penal ha de importar una respuesta ante una conducta de alto contenido de desvalor, cuando el sujeto infrac-

⁹⁴ Véase, al respecto, PRATS CANUT, J. M. y otros, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, ob. cit., p. 1215.

tor manifieste una desobediencia normativa que requiera de una severa reprobación. Esta conducción ha de verse cuando el autor conduce con conciencia y voluntad su quehacer delictivo, sabiendo y queriendo el resultado perjudicial para el bien jurídico. De ahí que se hable del dolo como factor anímico y cognoscitivo indispensable para poder sustentar la imputación subjetiva del injusto penal.

Conforme se desprende de los arts. 11 y 12 del CP, los tipos penales son reprimidos en virtud al dolo del agente; solo de forma excepcional, ha de ser reprimida la modalidad culposa, cuando el legislador haya previsto taxativamente su inclusión en el tipo legal correspondiente, conforme la cláusula de "excepcionalidad", cuya aplicación en rigor se sujeta a los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*.

El injusto imprudente adquiere sanción legal cuando se trata preferentemente de bienes jurídicos relacionados íntimamente con la persona humana, *v. gr.*, la vida, el cuerpo y la salud, así como otros intereses jurídicos de especial trascendencia institucional (Administración pública).

Someter la punición de la variante a la cláusula de excepcionalidad, en el marco de un Estado de derecho, resulta en realidad importante, amén de no penalizar una serie de conductas, que si bien expresan una deficiencia conductiva en un ámbito específico de organización funcional, no cuentan con suficiente desvalor para ser merecedores y necesitados de pena.

En la presente hipótesis estamos ante un bien jurídico de gran trascendencia valorativa del medio ambiente, hasta el punto que algunos lo han catalogado como el interés jurídico de mayor relevancia luego de la vida humana. En tal entendido, consideramos que la punición de la modalidad imprudente del delito de contaminación ambiental se corresponde plenamente con los criterios de una política criminal moderna y, sobre todo, con las necesidades más esenciales de la sociedad moderna.

La base del delito culposos constituye la infracción de un deber o de una norma de cuidado, que a su vez genera un riesgo jurídicamente desaprobado que produzca una lesión a un bien jurídico.

El sostén del injusto imprudente es, en esencia, *objetivo y normativo*; objetivo, pues se requiere verificar mediante actos concretos la contravención de una norma de cuidado, y normativo, pues su configuración se deriva de un déficit conductivo de los ciudadanos, con arreglo a parámetros normativos.

El delito imprudente basa su reproche en una base normativa, por no haberse comportado cuidadosa o diligentemente de acuerdo al deber de exigibilidad, lo importante es cuadrarse en la esfera de cognición y no en la voluntad, pues el núcleo del injusto imprudente es de naturaleza objetiva⁹⁵.

Sin duda, la realización de actividades económicas, industriales, empresariales y otras afines supone hoy en día una gran responsabilidad. Si bien el desarrollo socioeconómico de la nación necesita de un avance importante de dichas actividades, ello no obsta a que en su materialización se tomen todas las medidas de precaución necesarias para no provocar estragos o daños al medio ambiente y sus componentes. Dicho proceder debe sujetarse a los LMP, a aquellos marcos de actuación que distinguen un acto lícito de un acto ilícito. De que la emisión de ciertos gases tóxicos, de ruido y otras radiaciones no superen los límites establecidos en la norma ambiental, mediando la adopción de modelos valiosos de conducta.

La configuración del injusto de contaminación ambiental culposo debe observar varios elementos a saber: primero, rebasar los LMP, que se contienen en la norma extrapenal; segundo, que dicha contravención administrativa genere un riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud de lesión al bien jurídico tutelado, y tercero, que la lesión o afectación de dicho interés sea consecuencia directa del riesgo no permitido, provocado por la conducta del agente.

Con lo dicho, la interpretación de la modalidad culposa —*in examine*—, debe adecuarse a criterios materiales de punición; en sí, ⁹⁵

⁹⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, A. R., *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 677.

penalización solo podrá admitirse ante la producción de un resultado⁹⁶. En consecuencia, si bien el tipo penal contenido en el art. 304 es de naturaleza mixta, no es menos cierto que el injusto imprudente de contaminación ambiental, únicamente podrá ser objeto de sanción penal, cuando se constate un daño al medio ambiente o alguno de sus componentes. Descartándose, por tanto, que la realización de un peligro de aptitud de lesión culposa puede ser alcanzado por una pena. Si no existe dolo en la esfera subjetiva del injusto, la reacción estatal ha de ser el derecho administrativo sancionador.

6. Reforma político-criminal del delito de contaminación ambiental: D. Leg. N.º 1351

El derecho ambiental es una de las ciencias jurídicas de mayor relevancia en la actualidad. Se sitúa en primera línea de las agendas políticas gubernativas —tanto nacional como internacional—. Su acusada complejidad en su estructura legal (regulativa), da cuenta de una materia que requiere de una permanente revisión y análisis, si es que en verdad quiere cautelarse que los fines que la inspiran, la protección y conservación del medio ambiente y el ecosistema pueda ser una realidad insoslayable.

Penetrar en este ámbito de la jurisdicción supone manejar no solo la cientificidad de su composición dogmática, sino también las líneas matrices de la "gestión ambiental"; definir las políticas públicas conforme los objetivos trazados en la normatividad ambiental. Sabedores todos que la proliferación de las actividades económicas, industriales y extractivas (minera, exploración de hidrocarburos, etc.) generan situaciones de evidente riesgo para el ecosistema y que estas se van renovando constantemente, propiciando una situación cada vez más contaminante (nociva) para los recursos naturales, por lo que urge siempre una adecuación legal del derecho positivo vigente, a fin de asegurar que la ley ambiental incida eficazmente en la vida social, afianzando su rol "preventivo".

⁹⁶ *Ibid.*, p. 681.

la medida que una vez que el inculpado omitió acatar dichos planes ambientales, se dio por consumado el delito, por ende, de forma instantánea, no resultando coherente, estimar que en mérito a la voluntad de aquel es que se prolongó el estado antijurídico, pues una vez, que omitió hacerlo, —cuando ya le era exigible—, habría tomado lugar el estado lesivo. Una posición en contrario, implicaría inferir, —que si el agente—, luego de ya haberse vertido el residuo, cumpliera con adoptar las medidas previstas en las normas ambientales, así el río así como del resto de componentes ambientales afectados, podrían recuperar su estadio anterior, esto es, de pureza, desprovisto de rasgo contaminante, lo cual resulta incompatible con la naturaleza jurídicos de los mismos.

III. FORMAS AGRAVADAS

Art. 305. “La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años y con trescientos a mil días-multa si el agente incurre en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Falsca u oculta información sobre el hecho contaminante, la cantidad o calidad de las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidas en el art. 304, a la autoridad competente o a la institución autorizada para realizar labores de fiscalización o auditoría ambiental.
2. Obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente.
3. Actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad.

Si por efecto de la actividad contaminante se producen lesiones graves o muerte, la pena será:

1. Privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con seiscientos a mil días-multa, en caso de lesiones graves.
2. Privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y con setecientos cincuenta a tres mil quinientos días-multa, en caso de muerte”.

1. Análisis particular de las agravantes

- 1.1. Falsa u oculta información sobre el hecho contaminante, la cantidad o calidad de las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidos en el artículo 304, a la autoridad competente o a la institución autorizada para realizar labores de fiscalización o auditoría ambiental

La punición de una conducta se determina por su lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado. Una vez que se verifica la comisión del injusto, los actos que hayan de realizarse *a posteriori* no son copenados, pues ya están relacionados a una actividad propia de la delincuencia, de no dejar rastros de su conducta criminal, sea borrando las huellas del ilícito accionar u ocultando todas las evidencias relacionadas con el *corpus delicti*. El hecho de esconder ciertas pruebas, de elementos de información sobre la comisión de un hecho punible, solo ha de tener relevancia jurídico-penal cuando es cometido por una persona ajena al autor o partícipe del delito, según se desprende del art. 405 del CP.

En la hipótesis *in examine* nos colocamos frente a un comportamiento obstruccionista del autor del delito de contaminación ambiental, en el sentido de no colaborar con las agencias de la Administración, en lo que respecta a toda la información relacionada con los efectos, naturaleza, cantidad, calidad del elemento contaminante.

Si queremos revestir de legitimidad la circunstancia agravante, hemos de vincularla con ciertas obligaciones que el agente adquiere por asunción de ciertos deberes, en cuanto a proporcionar toda clase de información relevante que tienda a identificar la magnitud e intensidad de la acción contaminante, a fin de que las autoridades pueda tomar las medidas de precaución necesarias, en aras de neutralizar, disminuir o hacer cesar los efectos perjudiciales de la conducta antijurídica, con la intención de evitar daños catastróficos en los componentes ambientales. En todo caso, la responsabilidad de evitar un perjuicio lesivo de mayor entidad o de hacer cesar las consecuencias lesivas de la acción u omisión penalmente antijurídica.

Las circunstancias descritas en el presente supuesto hacen alusión a información de contenido *cuantitativo y cualitativo* del hecho contaminante, en cuanto a las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidos en el art. 304.

Aspecto a saber, también, es que para se configure este injusto agravado, la Administración (ambiental), la autoridad respectiva, debe haber requerido al agente, la proporción de la información contenida en la norma y, que este, en el plazo legal fijado para ello, entrega una información falseada en su contenido o una información incompleta, es decir, insuficiente, ocultando datos de relevancia. Y dicha autoridad debe ser competente para ello, *v. gr.*, municipalidades, gobiernos regionales, MINAM, MEM, etc.; si el funcionario o servidor público no está revestido con dicha competencia funcional, el hecho será atípico y el servidor será pasible de incurrir en un típico de caso de usurpación de funciones.

Se habla en un primer término de: "falsificar información", dicha circunstancia toma lugar: cuando el autor consigna una serie de datos que no se condicen con la verdad de las cosas, mediante la manipulación de cifras, estadísticas y otros instrumentos que tienden a la alteración de la descripción hecho contaminante. Dicha falsificación ha de referirse a una información relevante¹⁴², pues si incide sobre datos intrascendentes, el comportamiento no ingresa al ámbito de protección de la norma, por ende, ha de ser castigado conforme el tipo base. Al manifestarse actos que se conducen a falsear el contenido de documentos, estaríamos ingresando al radio de acción de las figuras delictivas que atentan contra la fe pública; empero, al estar ya subsumida dicha acción en el articulado, concurre un conflicto aparente de normas penales, que por los criterios de *especialidad* o de *consunción* hace inclinar la balanza por el art. 305.1 del CP. La intercesión normativa ha de verse también con el tipo penal de desobediencia y resistencia a la autoridad previsto en el art. 368 del

142 Véase, al respecto, CARMONA SALGADO, C., "Delitos contra los recursos naturales", *art. cit.*, p. 66.

CP que, al tutelar bienes jurídicos distintos, puede provocar a nuestro entender un concurso delictivo¹⁴³.

En segundo término, se hace alusión a la "ocultación de información"; dicha conducción típica toma lugar cuando el autor no proporciona todos los datos necesarios para que la administración ambiental pueda realizar correctamente su trabajo preventivo y fiscalizador. Dicha conducta es en realidad "omisiva", donde el agente no hace lo que la norma le obliga a realizar, infringe un mandato normativo. La información ha de ser también relevante, siguiendo las pautas antes anotadas.

1.2. Obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente

Esta circunstancia agravante importa también otra novedad, promovida su inclusión en el catálogo punitivo, vía la Ley N.º 29263, cuya orientación se dirige al reforzamiento de las tareas de la Administración, penalizando aquella actuación renuente del autor del delito, en cuanto sometimiento a la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente.

Supone dicho comportamiento una actitud *obstruccionista* por parte del agente de contaminación ambiental, en cuanto a potestad fiscalizadora de la Administración, que se deriva de los indicios demostrativos que anuncian una posible comisión de la figura delictiva contenida en el art. 304 del CP o simplemente ante la realización de una auditoría ordinaria de la autoridad ambiental; esto quiere decir que la presente agravante puede tomar lugar en un doble nivel secuencial. Primero, cuando ya se hayan advertido evidencias de una acción contaminante o en el marco de la actividad fiscalizadora regular de la Administración¹⁴⁴.

143 De otra opinión, BOIX REIG, J. y A. JAREÑO LEAL, *Comentario al Código Penal*, ob. cit., p. 1601.

144 Véase, al respecto, CARMONA SÁGGADO, C., "Delitos contra los recursos naturales", art. cit., p. 67.

Tanto la obstaculización como el impedimento que efectúa el agente importan conductas comisivas, al ser indispensable la realización de una determinada acción para dificultar las labores fiscalizadoras de la Administración; impidiendo la entrada de los funcionarios públicos, escondiendo la información, ocultando datos, etc. Ocultando o falseando la información, serían vías obstaculizadoras, propiciando un conflicto normativo con el inciso anterior; no obstante, dicho apartado delictivo revela mayores elementos de especificidad.

Por último, las auditorías que realiza la Administración no necesariamente son programadas y avisadas al administrado, pudiendo tomar lugar de forma inopinada; eso sí, la auditoría debe haber sido ordenado por la autoridad funcionalmente competente.

1.3. Actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad

Toda actividad económica, sea esta industrial, comercial, minera, de explotación de hidrocarburos, etc., requiere necesariamente de una autorización emitida por la autoridad estatal competente; esto es, de resolución autoritativa, que habilite al administrado, ejercer dicha actividad. Si ejercita dichas actividades sin contar con la autorización estatal respectiva, estaría incurrido en una desobediencia administrativa; pero en este caso, no estamos frente a una infracción administrativa, sino frente a una conducción cualificada del injusto penal.

La solicitud de una licencia, de una autorización para ejercer determinada actividad, supone la iniciación de todo un trámite la Administración competente, la cual luego de verificado el cumplimiento de los requisitos pertinentes, emite una resolución autoritativa, por lo que si el agente comete la conducta prevista en el tipo base, estando en trámite su solicitud, estaría incurrido en la agravante in examine, en el sentido de que mientras no se expida la resolución no cuenta con autorización para funcionar. No se puede admitir, en este caso, que el *silencio* de la Administración pueda ser reputado como una aprobación de la autoridad competente, al estar

de por medio intereses estrictamente generales, según lo previsto en el art. 34 de la LGPA.

No obstante lo dicho, vemos que la redacción normativa hace alusión a un ejercicio *clandestino* y no *ilegal*¹⁴⁵, de forma que una persona que no cuenta aún con licencia de autorización, puede no estar actuando clandestinamente; máxime si el administrado presenta su solicitud ante la Administración, por lo que no se puede decir que actúa clandestinamente¹⁴⁶, al exteriorizarse una actuación con evidente conocimiento de la colectividad.

Parece que la agravación se dirige a reprimir con mayor dureza a aquellos individuos inescrupulosos que realizan actividades económicas (de por sí peligrosas), cuya realización, sin contar con las precauciones o providencias necesarias, puede generar riesgos latentes sobre los bienes jurídicos tutelados en la presente titulación. Hemos constatado que en algunas ocasiones se advierte la emisión de gases tóxicos, que proceden de instalaciones industriales o comerciales que funcionan clandestinamente, al margen de la ley.

145 Los términos connotan acepciones jurídicas diversas.

146 En la doctrina nacional, CARO CORREA da dos interpretaciones en cuanto a la clandestinidad: un primer sentido, puede ir referido a la actividad económica expresado en que las personas jurídicas no se hallan inscritas en el registro oficial respectivo, es decir, realizan una actividad informal; es decir, que el lenguaje ordinario se entendería como sinónimo de "oculto" tanto para los ciudadanos del lugar y para la propia administración que no tienen conocimiento sobre su existencia. En el segundo sentido se entendería que la clandestinidad está referida a la conducta contaminante. La actividad sería formal, lo informal e ilícito sería solo los vertidos, *ob. cit.*, p. 299 y ss; para PRATS CANUT y otros, por funcionamiento clandestino habrá que entender la actividad de la industria sin haber obtenido o pedido la debida autorización, aprobación o licencia, que se prevé en las distintas normas ambientales que regulan la materia (debiéndose en todo caso acreditar la ausencia en aras de la apreciación de la circunstancia agravante), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, t. II, p. 1217.

1.4. Si por efecto de la actividad contaminante se producen lesiones graves o muerte

1. Privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con seiscientos a mil días-multa, en caso de lesiones graves.
2. Privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y con setecientos cincuenta a tres mil quinientos días-multa, en caso de muerte.

Según la antigua redacción del art. 304 del CP, la orientación teleológica era más acentuada hacia una visión *antropocéntrica*, de dirigir la prohibición penal hacia una vinculación directa con los bienes jurídicos *personalísimos*. La nueva visión *etnocéntrica* que perfila y proyecta la política criminal en materia ambiental. Asimismo, determina un plano de incidencia punitivo sobre la base de un refuerzo tutelar hacia los bienes jurídicos ambientales; por tales motivos, la concreción de una afectación a intereses jurídicos personales (vida, el cuerpo y la salud), como consecuencia de una actividad contaminante, debería ser resuelta, vía la fórmula de un concurso real de delitos, en mérito a la especialidad de los tipos penales que dan inicio al catálogo penal; sin embargo, esta función socio-pedagógica de la norma, que continuamente imprime el legislador en las reformas penales, determinaron la inclusión de estos resultados antijurídicos, como circunstancia agravante del delito de contaminación ambiental.

Abona nuestra posición el hecho de que la dosimetría penal propuesta en los dos incisos en cuestión, muestran un marco penal atenuado con respecto a los tipos penales de asesinato y de lesiones graves. Según ello, la mejor fórmula sería la aplicación del concurso ideal de delitos, entre el tipo base y los delitos contemplados en el arts. 108 y 121 del CP¹⁴⁷.

Ambos resultados de mayor disvalor deben ser abarcados por el dolo del autor, por lo que al menos se exige *dolo eventual* sobre dichos estados

147 Véase, al respecto, REATEGUI SÁNCHEZ, J., "La contaminación ambiental como delito en el Código Penal", art. cit., pp. 234 y 235.

antijurídicos, no puede admitirse un delito preterintencional. Lo dicho, con arreglo a los arts. 11 y 12 del CP¹⁴⁸.

Cuando nos referimos al último párrafo del art. 304 del CP tendríamos que apelar a un concurso delictivo entre el delito ambiental —genérico—, con un homicidio o lesiones culposas. No se podría decir que el agente actuó con culpa, respecto a la contaminación ambiental, y dolosamente, respecto a las lesiones o la muerte de personas. Eso resultaría absurdo.

La muerte importa [...], el cese definitivo e irreversible de las funciones cerebrales de una persona, la verificación de la nula actividad etiológica cerebral¹⁴⁹; dicho dato a saber, debe ser acreditado para que pueda admitirse la agravante.

¿Qué pasa si las personas afectadas con la contaminación ambiental no fallecen, pero se encuentran graves de salud? Si hemos convenido que los resultados de mayor desvalor —que se contienen en el inciso examen— deben estar abarcados, al menos, por dolo eventual, en la esfera cognitiva del agente y mientras no acontezca dicho resultado lesivo, no resulta jurídicamente posible la imputación por dicha agravante. Sin embargo, la imputación podría formularse en mérito a un delito tentado o, en su defecto, por la modalidad de producción de lesiones graves, esta última de más adecuada, con arreglo a los medios probatorios que habría de adjuntar la Fiscalía para poder demostrar sus aseveraciones fácticas que dan lugar a su "teoría del caso".

Las lesiones graves se configuran cuando el sujeto pasivo sufre un menoscabo real en cualquiera de las esferas: corporal, fisiológica o mental que no solo han de reputarse como "típicas", cuando ameritan una prescripción facultativa por un tiempo determinado, sino también en virtud de las consecuencias perjudiciales que se manifiestan en una serie de cir-

148 *Ibid.*, p. 234.

149 PENA CABRERA FREYRE, A.R., *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Lima: Idemsa, 2010, p. 51.

cunstancias, *v. gr.*, enfermedades, incapacidades, disfunciones orgánicas, mutilaciones de partes del cuerpo, desfiguraciones, así como cualquier otro daño en el cuerpo y la salud que pueda ser calificado de "grave"¹⁵⁰.

Si el hecho contaminante a su vez produce la muerte de una persona, así como lesiones graves en otra, habrá que calificar la conducta como un concurso ideal de delitos.

IV. INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS RELATIVAS AL MANEJO DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS

Art. 306. "El que, sin autorización o aprobación de la autoridad competente, establece un vertedero o botadero de residuos sólidos que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de dos años.

Cuando el agente, contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas, utiliza desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano, la pena será no menor de tres años ni mayor de seis años y con doscientos sesenta a cuatrocientos cincuenta días-multa".

1. Bien jurídico

Siguiendo la línea argumental —propuesta en los artículos precedentes—, hemos de definir el objeto de tutela desde un doble plano, a saber: primero, desde la conservación del medio ambiente, como la esfera natural donde se desarrolla la vida humana así como de otros seres vivientes, y segundo, en específico, desde los componentes ambientales, en cuanto al normal desarrollo de los procesos ecológicos.

150 *Ibid.*, p. 233.