

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD EN LAS
CONDUCTAS ILÍCITAS AMBIENTALES PENALMENTE
RELEVANTES**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

**AUTORA
CYNTHIA LIZET PURIZACA TORRES**

**ASESOR
Mtra. DORA MARÍA OJEDA ARRIARÁN**

Chiclayo, 2019

DEDICATORIA

A mis padres

Josefa Torres Cabrales y Arístides Purizaca Fiestas, por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, por su apoyo incondicional en el transcurso de mi carrera profesional.

A mi hijo

Giordano Alessandro Lozada Purizaca, por ser mi principal motivación, el gran amor de mi vida y porque todo mi esfuerzo es por ti.

A mis hermanos

Carlos, Máximo y Jorge; mis ejemplos a seguir, de quienes aprendí que jamás debo rendirme y que la perseverancia es lo que se necesita para terminar lo que se empieza.

AGRADECIMIENTO

A Dios todopoderoso por haberme permitido lograr mis objetivos, por su infinita bondad y amor, porque con el todo es posible.

Mis padres, hermanos, tíos; gracias por todo el apoyo brindado en el transcurso de mi carrera profesional, por enseñarme a ser mejor persona y en especial por confiar en mí.

Al Dr. Marco Fernandini Díaz y a la Dra. Dora María Ojeda Arriarán; por su tiempo, paciencia, sus conocimientos que me han brindado en el transcurso de la elaboración de esta tesis.

A Manuel Lozada Barboza; mi compañero de toda la vida, quien ha estado conmigo siempre apoyándome en todo momento.

RESUMEN

En nuestra realidad nacional se puede apreciar que no existe una aplicación correcta del principio de mínima Intervención en función a la determinación de conductas ambientales penalmente relevante, en donde se puede afirmar que como bien jurídico protegido se busca garantizar la estabilidad de los ecosistemas, a través de diseñar una propuesta legislativa en función a la problemática existente con criterios constitucionales y buscando la aplicación del principio de fragmentariedad frente a las conductas ilícitas ambientales recogidas en el ordenamiento penal peruano, delimitando aspectos en función al derecho penal ambiental pues este no debe criminalizar cualquier conducta que vulnere el entorno, sino aquellas perjudiciales al ambiente o a la salud ambiental, mediante su lesión o puesta en peligro grave, teniendo en cuenta los altos índices de incidencia que ocurren no solo la región materia de estudio sino en todo el territorio nacional.

Palabras claves: Fragmentariedad, conductas ilícitas

ABSTRACT

In our national reality it can be seen that there is no correct application of the principle of minimum intervention in terms of the determination of criminally relevant environmental behaviors, where it can be affirmed that as a protected legal asset, the stability of ecosystems is sought through to design a legislative proposal based on the existing problem with constitutional criteria and seeking the application of the principle of fragmentariness against environmental illicit behaviors included in the Peruvian criminal law, delimiting aspects according to environmental criminal law because it should not criminalize any conduct that harms the environment, but those harmful to the environment or environmental health, through injury or serious endangerment, taking into account the high incidence rates that occur not only the region subject of study but throughout the national territory.

Keywords: Fragmentarity, illicit behavior

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN	IV
ABSTRACT.....	V
TABLA DE ABREVIATURAS.....	VIII
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD.	12
1.1. Perjuicio, alteración, daño con relación a la aplicación del principio de fragmentariedad.	12
1.2. Ilícitos Ambientales.....	17
1.3. Principio de fragmentariedad	19
1.3.1. Aspectos generales.....	19
1.3.2. Aplicación del principio de fragmentariedad	20
1.3.2.1.La aplicación del principio de fragmentariedad en la legislación peruana.....	21
1.3.2.2.La aplicación del principio de fragmentariedad en el derecho comparado.....	22
CAPÍTULO II: EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL COMO FACTOR PRIMORDIAL PARA PODER DELIMITAR DE MANERA CORRECTA LOS DELITOS DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL.	27
2.1. Estudio de Impacto Ambiental	27
2.1.1. Aproximación conceptual.....	27
2.1.2. El estudio de impacto ambiental y su aplicación práctica.	28
2.1.3. El Estudio de Impacto Ambiental en el Perú.....	28
2.1.4. Propósito y funciones de los Estudios de Impacto Ambiental en el Perú.	29
2.1.5.¿Cuándo es exigible un Estudio de Impacto Ambiental en el Perú?	29
2.1.1. Aproximación conceptual.....	31
2.1.2. El medio ambiente como bien jurídico protegido.....	31
2.1.3. El medio ambiente como bien jurídico penal.....	32

2.1.4. Política criminal peruana en la protección del medio ambiente como bien jurídico protegido.	33
2.2. Medio Ambiente.....	35
2.2.1. Aproximación conceptual.....	35
2.2.2. Marco de protección del medio ambiente al amparo de la Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente.....	36
2.2.3. Disposiciones Constitucionales y Tratados Internacionales que protegen el Medio Ambiente.....	37
2.2.4. La gestión ambiental en el Perú.	38
2.3. Delito de Contaminación Ambiental.	39
2.3.1. El delito de contaminación del medio ambiente.	39
2.4. La Gravedad de los Ilícitos Ambientales.....	41
2.4.1. La gravedad de los ilícitos ambientales, según la calificación reglamentaria.....	41
CAPÍTULO III: LA FRAGMENTARIEDAD COMO PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DE LAS CONDUCTAS ILÍCITAS AMBIENTALES PENALMENTE RELEVANTES.....	45
3.1. Aspectos generales.....	45
3.2. La fragmentariedad en el delito de contaminación ambiental (artículo 304 del Código Penal.	46
3.3. Alcances de la política criminal peruana de los delitos ambientales.. ..	56
3.3. Perjuicio, alteración o daño.	58
3.4. Perjuicio, alteración o daño en la estabilidad de los ecosistemas. ..	60
3.5. La gravedad de los ilícitos ambientales, según la calificación reglamentaria.....	64
3.6. La reforma político-criminal de los delitos ambientales vía la sanción de la Ley N° 29263.....	65
CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	72
ANEXOS	82

TABLA DE ABREVIATURAS

LGA: Ley General del Ambiente

LMP: Límites Máximos Permisibles

OEFA: Organismo de Prevención y Fiscalización Ambiental

CPP: Constitución política del Perú

Cpp.: Código Procesal Penal

CP: Código Penal

Exp: Expediente

Cas.: Casación

STC: Sentencia

INTRODUCCIÓN

El Perú, es un país con muchas riquezas naturales, las cuales deben ser protegidas tanto por el hombre como por la Ley, es por ello que la investigación pretende analizar si se aplica correctamente el principio de fragmentariedad o mínima intervención de las conductas ilícitas ambientales en la Legislación Peruana, teniendo en cuenta que como bien jurídico protegido se busca garantizar la estabilidad de los ecosistemas, pudiendo determinar que la expresión de carácter de fragmentariedad del Derecho Penal, solo es punible en algunos fragmentos del grupo de las conductas merecedoras de pena.

Por otro lado, dentro del desarrollo de la investigación se define como objetivo general el de diseñar una propuesta legislativa en función a la problemática existente con criterios constitucionales y buscando la aplicación del principio de fragmentariedad frente a las conductas ilícitas ambientales recogidas en el ordenamiento penal peruano, delimitando aspectos en función al derecho penal ambiental pues este no debe criminalizar cualquier conducta que vulnere el entorno, sino aquellas perjudiciales al ambiente o a la salud ambiental, mediante su lesión o puesta en peligro grave, teniendo en cuenta los altos índices de incidencia que ocurren no solo la región materia de estudio sino en todo el territorio nacional.

Para se determinó la problemática en función a:

¿Cómo implementar el principio de fragmentariedad a las conductas ilícitas ambientales recogidas en el ordenamiento penal peruano?

De igual manera se estructuro la hipótesis estableciendo que si no existe una concreta puesta en peligro del bien jurídico tutelado (estabilidad del ecosistema), no deberá intervenir el derecho penal, sino garantizarse una eficaz tutela a través de los ordenamientos administrativo y civil. Teniendo en cuenta que en el ámbito del derecho administrativo, las autoridades ambientales competentes no deben limitarse a la imposición de multas, sino que debe recurrir también a la imposición de medidas administrativas, (como la suspensión temporal o el cese definitivo de las actividades), entre otras.

Consecuentemente, los alcances del principio de fragmentariedad es la interpretación del tipo penal de contaminación ambiental. A través de esta investigación se desarrollan conceptos de “perjuicio”, “alteración”, “daño” y los criterios que guían su aplicación en el bien jurídico “estabilidad de los ecosistemas”, así como la determinación de la gravedad de los ilícitos ambientales conforme a la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

Se debe de tener en cuenta que estamos ante un bien jurídico de carácter colectivo, donde el criterio empleado para afirmar el “merecimiento de pena” es el de “dañosidad social”. Este criterio se considera también para los bienes jurídicos individuales, lo que varía es que, en los bienes jurídicos supraindividuales, el efecto social de la conducta pasa a primer plano y, en segundo plano, los medios empleados que puedan ser reprochables.

Por ultimo llegaremos a desarrollar la investigación en 3 capítulos, el capítulo I, titulado la aplicación del principio de fragmentariedad, en el cual se tendrá en cuenta el principio de fragmentariedad, los ilícitos ambientales y la aplicación del principio en la legislación peruana y el derecho comparado, también el capítulo II, titulado el estudio de impacto ambiental como factor primordial para poder delimitar de manera correcta los delitos de contaminación ambiental, donde se tomara en cuenta el estudio de impacto ambiental, el bien jurídico protegido, con respecto al medio ambiente, delitos de contaminación ambiental y la gravedad de los ilícitos ambientales, y el capítulo III, titulado viabilidad de aplicación del principio de fragmentariedad en el derecho ambiental, en donde expresa la legislación comparada y la aplicación en el derecho ambiental.

La autora

CAPÍTULO I
LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
FRAGMENTARIEDAD

*“De aquel que opina que el dinero puede hacerlo todo,
cabe sospechar con fundamento que será capaz de
hacer cualquier cosa por dinero”
- Benjamín Franklin -*

CAPÍTULO I

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD

1.1. Perjuicio, alteración, daño con relación a la aplicación del principio de fragmentariedad.

El término “perjuicio” debe entenderse como el funcionamiento defectuoso del ambiente o de alguno de sus componentes. La alteración hace referencia a una modificación negativa de la situación anterior del ecosistema o de alguno de sus componentes que repercute en la calidad de las prestaciones ambientales que cumplen. El daño es la supresión del funcionamiento del ecosistema en relación con el intercambio de materia y energía que permite el desarrollo de la vida de las personas o de la función específica que, en este contexto, cumple el componente biótico o abiótico contaminado¹.

Al respecto, resulta pertinente realizar algunas precisiones sobre el contenido de los términos alteración y daño. En el ámbito ambiental es frecuente la utilización del término impacto ambiental negativo, el cual ha sido definido como la alteración o modificación adversa del valor natural, de productividad ecológica o el aumento de los perjuicios derivados de la contaminación y los demás riesgos

¹ GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*. Parte general, 3.a ed., Lima, Jurista, 2014, p. 877.

ambientales que discuerden con la estructura ecológica-geográfica, el carácter y la personalidad de una zona determinada².

Conforme con ello, el término “alteración” descrito en el tipo penal se relaciona con el concepto de impacto ambiental negativo, en el sentido de que hacen referencia a la modificación negativa al ambiente o sus componentes, por lo que si una conducta ilícita contra el ambiente genera dicho impacto estará dentro del supuesto del delito de contaminación ambiental. No obstante, cabe aclarar que no cualquier alteración o impacto ambiental negativo configurará el delito de contaminación ambiental, sino que dicho impacto deberá ser aún más represivo para el ambiente. Esto último es lo que se conoce como contaminación ambiental propiamente dicha. En tal sentido, toda contaminación ambiental es un impacto ambiental negativo, pero no todo impacto ambiental negativo llega a ser una contaminación ambiental³.

Por su parte, el daño ambiental ha sido definido en la Ley General del Ambiente (LGA) como todo menoscabo material que sufre el ambiente o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales. Este concepto generalmente se vincula con una definición proveniente del derecho civil, donde sí es necesario que exista un daño para atribuir responsabilidad al sujeto. Por tanto, cualquier referencia de daño ambiental en el ámbito penal estará vinculada a la lesión efectiva del ambiente o sus componentes, y no al peligro concreto o abstracto de afectación de estos⁴.

CARO CORIA adopta el criterio de la capacidad de resistencia de los ecosistemas, sosteniendo que:

“la estabilidad es [...] la capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir a las perturbaciones externas, de origen

² VERA TORREJON, José y Paola CAICEDO SAFRA. *El impacto ambiental negativo y su evaluación antes, durante y después del desarrollo de actividades productivas*, Revista Derecho & Sociedad, N.º 42, Lima, 2014, p.p. 224 y 225.

³ *Ibíd.* p. 227.

⁴ Cabe señalar que en el ámbito administrativo se considera mayormente el término impacto ambiental negativo, toda vez que no resulta necesaria la lesión efectiva del ambiente o sus componentes, sino que basta con que se haya ocasionado un perjuicio o alteración a este bien jurídico para determinar la responsabilidad administrativa del sujeto e imponer la sanción correspondiente

natural o humano. Por cierto, esa capacidad de resistencia no puede verse perturbada por cualquier actividad humana, sino por aquellas que al generar un gran impacto ambiental disminuyen las condiciones que permiten la estabilidad, es decir, que alteran gravemente la composición del agua, de la atmósfera o de los suelos, o disminuyen la biodiversidad”⁵.

Esto implicaría que los efectos de alteración, perjuicio o daño se determinarían sobre la resistencia de un ecosistema. En el derecho comparado, ALASTUEY DOBON, parte del criterio de la capacidad de regeneración de los ecosistemas. Aduce que:

“el desequilibrio del ecosistema, esto es, la lesión del bien jurídico se dará cuando se produzca un menoscabo en esa capacidad de regeneración. La capacidad de recuperación de un sistema natural (resiliencia) hace referencia a la rapidez con que un ecosistema vuelve a su estado anterior después de haber sido perturbado”⁶.

En virtud de ello, se cometerá el tipo penal cuando las conductas ilícitas ambientales sean aptas para producir un perjuicio, alteración o daño en la capacidad de regeneración del ecosistema.

⁵ CARO CORIA Carlos, *El derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*, Lima, Gráfica Horizonte, 1999, p.p. 277 y 278.

⁶ ALASTUEY DOBON Carmen, *El delito de contaminación ambiental (art. 325.1 del Código Penal)*, Granada, Comares, 2004, p.p. 66 y 67.

Perjuicio	Alteración	Daño
<p>Definición:</p> <p>Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.</p> <p>En el ecosistema:</p> <p>El término “perjuicio” debe entenderse como el funcionamiento defectuoso del ambiente o de alguno de sus componentes.</p> <p>Tipos:</p> <p>Material:</p> <p>Moral:</p>	<p>Definición:</p> <p>Modificación negativa de la situación anterior del ecosistema o de alguno de sus componentes que repercute en la calidad de las prestaciones ambientales que cumplen.</p> <p>En el ecosistema:</p> <p>Por otra parte, los ecosistemas pueden sufrir alteraciones naturales y por acción humana: las alteraciones naturales forman parte del equilibrio natural y los ecosistemas generalmente se recuperan restableciendo el equilibrio; en cambio las alteraciones por acción humana son más peligrosas, se prolongan por mucho tiempo, abarcan grandes zonas y generalmente son irreversibles, produciendo la extinción de especies y la alteración del ambiente.</p> <p>Tipos:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Cambio climático b) Contaminación c) Deforestación 	<p>Definición:</p> <p>Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.</p> <p>En el ecosistema:</p> <p>Los daños ocasionados al ambiente, en muchas ocasiones, no son consecuencia de una sola acción, sino que son producto de todo un proceso extendido en el tiempo y en el espacio, sin respetar límites o fronteras políticas ni geográficas.</p> <p>Tipos:</p> <p>Daño no patrimonial o extrapatrimonial:</p> <p>Daño patrimonial:</p> <p>Daño emergente:</p>

	<ul style="list-style-type: none">d) Degradación del sueloe) Energíaf) Escasez de agua.g) Extinción de especies y pérdida de biodiversidadh) Invasión y tráfico ilegal de especies	<p>Lucro cesante:</p> <p>Daño moral</p>
--	--	---

1.2. Ilícitos Ambientales.

El tipo penal establecido en el art. 304 del CP dispone que la alteración, perjuicio y daño debe ser grave, y que el juez penal no será el que libremente decida si la afectación que la acción contaminante produce sobre el ambiente o sus componentes es grave o no, sino que lo determinará con base en la calificación reglamentaria realizada por la autoridad ambiental.

La impunidad para los que cometen delitos contra el ambiente y los recursos naturales llegó a su fin con la Ley 292633 que modifica el Título XIII del Código Penal peruano, que sanciona con penas mucho más duras los delitos ambientales. Un ejemplo de la aplicación de la modificatoria del Código Penal han sido las multas a Pluspetrol en torno a las declaratorias de emergencia ambiental en cuencas de Loreto, y la pena privativa de la libertad de 4 años sentenciada a tres pescadores que usaron dinamita para extraer 200 kilos de especies marinas en el ámbito de la Reserva Nacional Paracas, importante reserva marino costera del país.

Precedentes como este dan cuenta de la efectividad de esta modificatoria, un logro del Ministerio del Ambiente, capacitado para ejercer adecuadamente las funciones de fiscalización y control del cumplimiento de esta norma, ya que cuenta con jueces ambientales y especialistas del Ministerio Público en todo el país. Esto pueden imponer penas privativas de la libertad de tres años como mínimo y diez años como máximo, dependiendo de la gravedad del delito.

Además, en el Código Penal; encontramos los delitos ambientales y sus modalidades agravadas, detallados en sus cuatro capítulos y veintidós artículos. De tal manera que es importante mencionar, algunos de los delitos ambientales regulados por el Código Penal son: delitos de contaminación del ambiente; el incumplimiento de las normas relacionadas al manejo de residuos sólidos; el tráfico ilegal de residuos peligrosos; el tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida, de especies acuáticas, depredación de flora y fauna silvestre; el tráfico ilegal de recursos genéticos; delitos contra bosques o formaciones boscosas; el uso indebido de tierras agrícolas; la alteración del ambiente o

paisaje; entre otros de vital importancia para la defensa de un ambiente sano y seguro para los peruanos⁷.

Con relación a ello, el art. 149 de la LGA dispone que en las investigaciones penales por los delitos ambientales será de exigencia obligatoria la emisión de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal.

Al respecto, es necesario mencionar que la calificación reglamentaria no debe relacionarse con este informe técnico fundamentado exigido por la LGA. El informe fundamentado solo contiene, entre otros aspectos formales, información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas o reportes presentados por los administrados involucrados en la investigación penal, es decir, describe cada circunstancia en cada caso concreto; por tanto, dicho informe no puede obtener la categoría de calificación reglamentaria, la cual se caracteriza por su aplicación general. En términos de GARCIA CAVERO

“no solo un informe técnico no es una calificación reglamentaria, sino que una de sus particularidades es que carece de carácter vinculante, lo que no se condice con el tenor del tipo penal que vincula la decisión del juez a lo dispuesto reglamentariamente por la autoridad ambiental”⁸.

En tal sentido, el juez deberá acudir a la reglamentación, ya sea específica o general, dada por la administración pública, en la que haya establecido que determinadas conductas ocasionan un perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental. Sin embargo, pese a ello, el juez previamente debe considerar algunos criterios de gravedad, como por ejemplo la probabilidad mayor o menor de lesión y la dimensión de la lesión

⁷ MINISTERIO DE AMBIENTE. *Delitos Ambientales*, 2016 [Acceso el 24.VI.2017]. En <http://www.minam.gob.pe/legislaciones/delitos-ambientales/>.

⁸ GARCIA CAVERO, ob. cit., p. 879.

previsible en función de la extensión del espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación o incidencia⁹.

Asimismo, entre los supuestos de perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental establecidos en la reglamentación administrativa tenemos el D. S. N.º 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, cuyo numeral 2 del art. 147 establece las infracciones graves relacionadas al inadecuado manejo de los residuos sólidos que pueda generar afectación a la salud pública y al ambiente; las diversas ordenanzas municipales que fijan las infracciones por contaminación acústica según los decibeles excedidos; la normativa por exceso de LMP en efluentes y emisiones; la normativa emitida por el OEFA referente a las actividades de su competencia (Resolución de Consejo Directivo N.º 035-2015-OEFA/CD, N.º 042-2015-OEFA/CD, N.º 043-2015-OEFA/CD), entre otras.

1.3. Principio de fragmentariedad

1.3.1. Aspectos generales

La expresión de carácter fragmentario del derecho penal, indica que solo son punibles algunos fragmentos del grupo de las conductas merecedoras de pena¹⁰. Conforme a este principio, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente: dentro de estas conductas lesivas deben estar sometidas a represión penal las más graves, toda vez que sería evidentemente desproporcionado imponer una sanción tan severa como la pena, por hechos de bagatela o que no afecten de manera relevante el interés sujeto de protección¹¹.

En tal sentido, el merecimiento de intervención penal, según la fragmentariedad, dará lugar a dos resultados. Primero, se podrá excluir del ámbito de lo punible, aquellas conductas que, incluso al afectar el bien jurídico protegido, no merecen

⁹ SILVA SANCHEZ. *Delitos contra el medio ambiente*, Buenos Aires, Primera Edición, 2014, p.p. 78-80.

¹⁰ PRITTWITZ, Cornelius. *El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites del derecho penal*, en Instituto De Ciencias Criminales De Frankfurt (Ed.) Y Area De Derecho Penal De La Universidad Pompeu (ed. española), Granada, Comares, 2000, p. 430.

¹¹ SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2000, p.p. 116 y 117.

ser castigadas con una sanción penal y, segundo, las conductas sujetas a incriminación pueden ser ordenadas en atención a su grado de merecimiento de pena, lo cual es esencial para adoptar la decisión final de si incriminar o no, o aplicar las exigencias del principio de proporcionalidad de las sanciones¹². Bajo este marco teórico, entendemos que el derecho penal ambiental no debe criminalizar cualquier conducta que vulnere el entorno, sino aquellas que afectan sensiblemente al ambiente o a la salud ambiental, mediante su lesión o puesta en peligro grave¹³.

Hay que tener en cuenta que estamos ante un bien jurídico de carácter colectivo, donde el criterio empleado para afirmar el “merecimiento de pena” es el de “dañosidad social”. Este criterio se considera también para los bienes jurídicos individuales, lo que varía es que en los bienes jurídicos supraindividuales el efecto social de la conducta pasa a primer plano y, en segundo plano, los medios empleados que puedan ser reprochables¹⁴. La dañosidad social de la conducta enfatiza en el disvalor de la acción, el cual se encuentra formado, a su vez, por los medios o modos de ejecución del delito que fundan o agravan el ilícito penal.

1.3.2. Aplicación del principio de fragmentariedad

Principio que señala el carácter fragmentario del Derecho Penal, el cual consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. Este principio sirve como pauta para el legislador en aras de que este pueda determinar si determinados hechos punibles pueden transformarse en infracciones o no. En

¹² PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales*, en *Revista de derecho penal y criminología*, N.º 11, Madrid, 2003, p.p. 146 y 147.

¹³ En este sentido, REATEGUI SANCHEZ señala que la protección penal debe atender una necesidad político-criminal, acorde con su naturaleza y función, de tal forma que la protección del ambiente no gira en torno a una tutela “global” o “totalizadora” que conllevaría a un Estado policial y provocaría la angustia e inseguridad de los ciudadanos, ya que se estaría criminalizando todo comportamiento típico (acciones u omisiones) que sea perjudicial para el ambiente natural. Vid. REATEGUI SANCHEZ, James, “Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales”, en *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, N.º 11, Sevilla, diciembre del 2004.

¹⁴ ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Acerca de la teoría de bienes jurídico*, en URQUIZO OLAECHEA, José (dir.) y SALAZAR SANCHEZ, Nelson (coord.), *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Lima, Idemsa, 2007, p. 17.

conclusión, este principio señala que no se deben castigar todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino las más graves¹⁵.

1.3.2.1. La aplicación del principio de fragmentariedad en la legislación peruana

En este contexto, nos serviremos de algunos elementos constitutivos del delito de contaminación ambiental, con la finalidad de determinar qué conductas ambientales provocan dañosidad social y, por tanto, merecen ser sancionadas por el derecho penal ambiental.

El art. 304 del CP dispone lo siguiente:

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 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.

Para estos efectos, se analizará el siguiente extracto: 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. En tal sentido, para definir el merecimiento de pena en este delito se deben plantear las siguientes interrogantes: i) qué debe entenderse por perjuicio, alteración o daño; ii) cómo se aplican estos conceptos en el bien jurídico penal estabilidad de los ecosistemas; y, iii) cómo se determinará la

¹⁵ MORÁN HERRERA. Fernando. *Delitos y contravenciones penales ambientales*. [Acceso 24.VI.2017]. En http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=475&Itemid=106.

gravedad de estas conductas, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

1.3.2.2. La aplicación del principio de fragmentariedad en el derecho comparado

Ecuador:

La Constitución de Ecuador, aprobada mediante referéndum realizado el 28 de septiembre de 2008, es la culminación, en materia ambiental, de un proceso de constitucionalización del medio ambiente que se ha venido desarrollando en los países latinoamericanos¹⁶.

Esta Carta, junto con la de Venezuela y Bolivia, se aprueban en contextos sociopolíticos y económicos con amplias similitudes y nuevos paradigmas de gobernar en el continente. Además de los retos intelectuales concernientes a la teoría política que plantean estos nuevos paradigmas, es indudable que, en materia jurídica ambiental, los retos son mayores e igualmente interesantes. En relación con algunos temas ambientales, se resaltan tres que ameritan especial atención, bien por su carácter novedoso, bien por su incorporación en la Constitución de principios que, en otras latitudes, es materia legal. Para analizar un tema de estas características, es necesario recurrir a explicaciones teóricas circunscritas en un marco puramente jurídico; la Constitución no es más que la organización del Estado y del poder, lo cual exige explicaciones desde esa óptica. El objetivo último de toda constitución es lograr un mejor gobierno. Se entiende por tal, la acción de dirigir, conducir a los hombres, las cosas y las relaciones que surgen entre uno y otro, o entre sí, respectivamente. Dentro de estos elementos se encuentra lógicamente la naturaleza y el medio ambiente¹⁷.

El arte de gobernar debe partir de una serie de conocimientos, de saberes que permitan prever posibles escenarios futuros con el fin de hacer posible una acción del Estado eficaz. En suma, el arte de gobernar se comprende como una

¹⁶ EDICIONES LEGALES. *Constitución Política Del Ecuador 1998* [Acceso 28 VI 2017] En: <http://www.pucesi.edu.ec/web/wp-content/uploads/2016/04/Constituci%C3%B3n-de-la-Republica-2008.pdf>.

¹⁷ MACIAS GOMEZ, Luis Fernando. *Introducción al derecho ambiental*, Colombia, Editorial Legis, 2004, p. 165.

“articulación de un proceso de decisión política, de las condiciones de su aplicación en términos de eficacia y legitimidad en situaciones políticas determinadas”. La legitimidad debe buscarse entonces en las constituciones como la fuente de un poder legal y legítimo. Es decir, con origen en el pueblo, quien actúa como poder constituyente o a través de sus representantes. A partir de las constituciones se logra el consenso de la sociedad en torno de valores que adquieren fuerza jurídica vinculante cuando son consagrados en los textos de las cartas fundamentales. Es indudable, que la nueva Constitución del Ecuador es claro ejemplo de búsqueda de legitimidad mediante la participación del pueblo tanto en su elaboración como en su aprobación. La inclusión de una serie de principios de los pueblos originarios y autóctonos, como integrantes de los nuevos valores del Estado, supone que la sociedad debe aceptarlos y reconocer su vinculación jurídica¹⁸.

Colombia:

Ricardo Ramírez (2015), afirma que Colombia es uno de los países del mundo que posee mayor riqueza en biodiversidad por la abundancia de bosques y la presencia de numerosos ríos en su territorio, además de otros factores. A nivel mundial, el país ocupa el segundo lugar en mega biodiversidad, es decir, que alberga tanto la más diversa como la mayor cantidad de especies de fauna y flora del planeta en la extensión de su territorio. Fundamentando que como eje principal propone nuevos parámetros ecológicos dentro del sistema normativo y la protección al derecho ambiente y derecho a una vida saludable. Fundamentando que, en las últimas décadas, esta importante riqueza natural ha disminuido notoriamente debido a múltiple causal que han incidido negativamente en la conservación de sus bosques, selvas, flora, fauna, y recursos hídricos e incluso amenazan con destrucción y daños irreparables a las áreas naturales protegidas por el Estado.

Por otro lado, la situación de grave riesgo ambiental que actualmente enfrenta nuestro país se debe a una conjugación de variables, todas ellas antropogénicas

¹⁸ HORACIO RAMÍREZ, Alejandro. *Residuos peligrosos. Su evolución jurisprudencial*, [Acceso el 24.VI.2017]. En http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/16/06_residuos_peligrosos.htm.

o generadas por la acción humana, que involucran causales de orden político, económico y social¹⁹.

En Colombia, la estrategia de desarrollo en la segunda mitad del siglo XX y hasta la década de los noventa, se caracterizó por una política proteccionista, para favorecer el desarrollo industrial nacional. En general, se impulsó el modelo de sustitución de importaciones en combinación con la promoción de exportaciones. A partir de 1990, el país se insertó en la propuesta de globalización promovida por los países de mayor desarrollo tecnológico y concentración de capital. Estos dos tipos de modelos (proteccionismo y globalización) han determinado la forma como ha evolucionado la industria, el comercio y la agricultura colombiana y su interrelación con los recursos naturales y el medio ambiente. (Sánchez Pérez, 2004: 3).

Para la protección del ambiente, Colombia cuenta con una legislación que se ha desarrollado y complementado ampliamente en las últimas tres décadas. Las primeras leyes de defensa ambiental fueron promulgadas por el Instituto Nacional de Recursos Naturales (Inderena), mediante el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto Ley 2811 de 1974). Luego en 1991, como resultado de la nueva constitución política, se reestructuro la protección medioambiental elevándola a la categoría de “derecho colectivo” y fijando para su custodia mecanismos de conservación que involucran tanto al Estado como a la ciudadanía en general, especialmente a las comunidades con tradición en el cuidado de la naturaleza, como las indígenas y afrodescendientes.

En desarrollo de los nuevos principios constitucionales y de acuerdo con la declaración emanada de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Rio de Janeiro 1992), se expidió la ley 99 de 1993 que organizo el Sistema Nacional Ambiental (SINA) o conjunto de orientaciones, actividades, normas, programas e instituciones con la intención de unificar

¹⁹ MÁRQUEZ BUITRAGO, Mauricio. *La protección del ambiente y los límites del derecho penal*, Universidad De Caldas. [Acceso el 24.VI.2017]. En dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2485602.

criterios en el manejo ambiental, y para supervisar y coordinar el cuidado del medio ambiente se creó el Ministerio del Medio Ambiente. Con esta ley quiso dársele a la gestión ambiental en Colombia una dimensión sistémica, descentralizada, participativa, multiétnica y pluricultural.

El SINA, como sistema de información, le ha reportado inmensos beneficios al país en materia de cuidado ambiental, puesto que ha facilitado el desarrollo coherente y coordinado de políticas ambientales, en beneficio de toda la sociedad. No obstante, para lograr estas loables metas estatales, es necesario cimentar entre la ciudadanía y demás instituciones del Estado una cultura que estime la importancia de la investigación ambiental científica, valore la correcta administración de los recursos naturales de la nación e involucre decididamente a todos en la protección de las reservas naturales²⁰.

²⁰ RODRÍGUEZ CAMPOS, Eloísa. *Régimen penal de residuos peligrosos. Capítulo IX. Ley 24051*, Escuela de Posgrado de Derecho Maestría y Especialización en Derecho Penal, Departamento de Investigaciones diciembre 2008, Universidad de Belgrano, Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina [Acceso 24.VI.2017]. En http://ub.edu.ar/investigaciones/tesis/42_rodriguez.pdf.

CAPÍTULO II

EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL COMO FACTOR PRIMORDIAL PARA PODER DELIMITAR DE MANERA CORRECTA LOS DELITOS DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

*“De aquel que opina que el dinero puede hacerlo todo,
cabe sospechar con fundamento que será capaz de
hacer cualquier cosa por dinero”
- Benjamín Franklin -*

CAPÍTULO II

EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL COMO FACTOR PRIMORDIAL PARA PODER DELIMITAR DE MANERA CORRECTA LOS DELITOS DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

2.1. Estudio de Impacto Ambiental **2.1.1. Aproximación conceptual**

El manual de evaluación del estudio de impacto ambiental detallado (EIA-D) para el subsector hidrocarburos, lo define como: *“instrumento de gestión ambiental efectivo para la toma de decisiones y constituye uno de los mecanismos clave para promover el desarrollo sostenible”*²¹.

Consecuentemente se puede delimitar que los estudios de impacto son de gran necesidad para el Estado peruano, teniendo en cuenta que, la evaluación de impactos ambientales es un procedimiento participativo, técnico-administrativo, destinado a prevenir, minimizar, mitigar e informar acerca de los potenciales impactos ambientales negativos que pudieran derivarse de proyectos de inversión, así como intensificar sus impactos positivos.

²¹ SENEACE. *Manual de evaluación del estudio de impacto ambiental detallado (EIA-D) para el subsector hidrocarburos* 2016 [Acceso 09.XI 2017]. En http://www.senace.gob.pe/download/senacetransparencia/consultaspublicas/Manual_Evaluacion_del_Estudio_Impacto_Ambiental.pdf.

2.1.2. El estudio de impacto ambiental y su aplicación práctica.

Los componentes y la finalidad del Estudio de Impacto Ambiental Según el artículo 2 de dicha norma, son estudios que deben efectuarse en proyectos para la realización de actividades en concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero, que deben evaluar y describir los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza, magnitud y prever los efectos y consecuencias de la realización del proyecto, indicando medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones y el medio ambiente²².

2.1.3. El Estudio de Impacto Ambiental en el Perú.

Se debe tener en cuenta que el tema del ambiente y de su protección es un tema nuevo dentro de nuestra legislación, ya que este no era reconocido como un bien jurídico en sí. El tratamiento giraba en aspectos ligados a la propiedad o a la salud de las personas.

De la Puente Brunke, afirma que: *“El derecho ambiental se inició en disposiciones contenidas en instrumentos internacionales que obligan a los Estados, para luego incorporarse, en las diversas jurisdicciones a través de normas nacionales que si obligan a las personas naturales y jurídicas.”*²³

Por lo tanto, se trata de dar protección al ambiente donde nos desarrollamos, pero el problema radica básicamente en la falta de difusión y la forma en que estas deben plasmarse de forma coordinada con las instituciones comprometidas con la salvaguarda de nuestro ecosistema, teniendo en cuenta

²² CONGRESO DE LA REPUBLICA. *Ley 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental*, 2016 [Acceso 09.XI 2017]. En <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/10/Ley-y-reglamento-del-SEIA1.pdf>.

²³ DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo. *Legislación Ambiental en la Minería Peruana*, 1ra ed., Lima, 2005, p. 7.

que es necesario realizar los estudios de impacto ambiental en el Perú para poder afianzar mejor la protección al ecosistema como bien jurídico tutelado.

2.1.4. Propósito y funciones de los Estudios de Impacto Ambiental en el Perú.

El Estudio de Impacto Ambiental cumple cuatro funciones principales que se señalan a continuación, de las cuales las tres primeras son los pasos previos para alcanzar la última (que es la esencial y más importante):

1. Establecer las condiciones ambientales existentes antes de la ejecución del proyecto.
2. Detallar las características del proyecto y de las actividades a realizar.
3. Determinar los posibles impactos ambientales.
4. Definir las acciones de control, minimización y previsión de dichos impactos²⁴.

El propósito de llevar a cabo un Estudio de Impacto Ambiental es establecer las condiciones ambientales existentes del proyecto para evaluar los posibles impactos que pueden ser ocasionados e identificar las medidas de mitigación que serán necesarias para eliminar o minimizar los impactos a niveles aceptables, por otro lado la finalidad de definir las acciones de control, minimización y previsión de los posibles impactos ambientales es que no sea un saludo a la bandera, la perspectiva del estado”.

2.1.5. ¿Cuándo es exigible un Estudio de Impacto Ambiental en el Perú?

Nuevas operaciones y ampliación del sistema de beneficio:

El artículo 24.1 de la Ley General del Ambiente dispone que toda actividad humana que implique construcciones, obras y otras actividades susceptibles de

²⁴ BARRIOS VARGAS, Francisco. *Guía Jurídica de los Estudios de Impacto Ambiental de las Actividades Mineras*, 2008 [Acceso 09.XI.2017]. En: <http://www.teleley.com/revistaperuana/15barrios-65.pdf>.

causar impactos ambientales de carácter significativo, esté sujeta al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)²⁵.

Es así, que no podrán iniciarse la ejecución de proyectos de inversión que puedan causar impactos ambientales negativos, y que ninguna autoridad podrá autorizar la ejecución si el proyecto no cuenta previamente con la certificación ambiental correspondiente.

De acuerdo con el artículo 7, incisos 2 y 3, respectivamente, del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, los titulares de la actividad minera deberán presentar un Estudio de Impacto Ambiental en los siguientes casos:

El inicio de la etapa de explotación y de la implícita fase previa de construcción podrían generar en el entorno impactos negativos de carácter significativo si se realizan sin una adecuada evaluación ambiental, razón por la cual es necesario contar con un Estudio de Impacto ambiental (EIA) aprobado para ello.

El artículo 20 del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica señala que “El solicitante de una concesión minera y de beneficio”²⁶, así como los que realicen ampliaciones de producción en sus operaciones o de tamaño de planta de beneficio superiores al 50%, tendrán en cuenta lo dispuesto por el Artículo 35 del Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N°. 018- 92-EM en lo referente al Estudio de Impacto Ambiental²⁷.

²⁵ MINISTERIO DEL AMBIENTE. *Ley General del Ambiente - Ley N° 28611*, 2005 [Acceso 09.XI 2017]. En <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/06/ley-general-del-ambiente.pdf>

²⁶ La concesión de beneficio otorga a su titular el derecho a extraer o concentrar la parte valiosa de un agregado de minerales desarraigados, y/o a fundir, purificar o refinar metales, mediante un conjunto de procesos físicos, químicos y/o fisicoquímicos.

²⁷ MINISTERIO DEL AMBIENTE. *Decreto Supremo N° 040-2014-EM. - Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero*, 2014 [Acceso 09.XI 2017]. En <http://sinia.minam.gob.pe/normas/reglamento-proteccion-gestion-ambiental-las-actividades-explotacion>

Bien Jurídico Protegido

2.1.1. Aproximación conceptual

Figuera Navarro²⁸, afirma que: “*un bien es una situación material o ideal a la cual se atribuye un valor. Tal valoración tiene como base el hecho que la existencia de un bien en la realidad social posibilita la satisfacción de una necesidad humana*”.

Entonces se puede delimitar que el valor que se le atribuye a un bien jurídico protegido delimitara su adecuación y manejo para su cuidado absoluto con factores que ayuden a su mejoramiento constante, en consecuencia, al hablar de bien jurídico en materia ambiental, podemos argumentar que en este caso es la protección de medio ambiente.

2.1.2. El medio ambiente como bien jurídico protegido.

Conforme a lo establecido en el art. 2.22 de la Constitución Política: “Toda persona tiene derecho: [...] a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida”. Respecto a este derecho el Tribunal Constitucional ha señalado que el mismo comprende: “1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve”²⁹.

En cuanto a esta última manifestación señala, además: “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”³⁰.

Es por ello que el reconocimiento del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, como un derecho fundamental nunca ha sido por sí solo

²⁸ FIGUEROA NAVARRO, Aldo. *El ambiente como bien jurídico en la constitución de 1993*, 2016 [Acceso 09.XI 2017]. En http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1995_03.pdf.

²⁹ CHANAME ORBE, Raúl. *La Constitución Comentada (2Vol.)*. Lima, Ediciones Legales. 2015, p. 49.

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Expediente N° 0048-2004-AI - f. j. N° 18 2005* [Acceso 09.XI 2017]. En <http://www.justiciaviva.org.pe/jurispu/regaliasmineras.htm>.

un instrumento suficiente para lograr la protección eficaz del medio ambiente. La imposición de sanciones administrativas tampoco ha sido una medida muy efectiva, pues existen actividades económicas tan lucrativas que pueden darse el lujo de incluir en sus costos el pago de grandes multas y no obstante ello resulta ser todavía actividades muy rentables, en otras palabras, hay quienes pueden contaminar porque pueden pagar.

El tema ambiental es un problema donde están en juego muchos intereses económicos, políticos y sociales, la protección indebida de estos intereses a menudo se viene traduciendo en modificaciones legislativas de los tipos penales sobre delitos ambientales, que han generado diversos problemas de tipicidad, pero sobre todo de falta de proporcionalidad de penas en comparación con la lesividad de determinadas conductas.

2.1.3. El medio ambiente como bien jurídico penal.

El medio ambiente es el conjunto de las bases y de los equilibrios de las fuerzas que rigen la vida de un grupo biológico, con la misma simbiosis y parasitismo, participando en la combinación de tales equilibrios; o, simplemente, todo lo que de una manera positiva o negativa puede influenciar sobre la existencia humana digna o la mayor o menor calidad de vida: “el conjunto de los elementos naturales o artificiales que condicionan la vida del hombre”³¹.

Es por ello, que es de suma importancia la protección del medio ambiente, teniendo en cuenta que están en juego derechos constitucionalmente protegidos, como el derecho a la vida, salud e integridad de la persona humana, por otro lado, dentro de la normativa penal se podrá validar e implantar tipos penal acorde a las vulneraciones existente en función a la afectación del medio ambiente, buscando una política criminal que regularice de manera adecuada dichas afectaciones.

³¹ REGIS PRADO, Luiz. *El ambiente como bien jurídico-penal: aspectos conceptuales y delimitadores* 2015 [Acceso 09.XI 2017]. En: <https://www.diritto.it/archivio/1/26625.pdf>.

2.1.4. Política criminal peruana en la protección del medio ambiente como bien jurídico protegido.

La preocupación por reprimir penalmente las conductas lesivas al medio ambiente, no surgió de la convicción de proteger este bien jurídico fundamental, sino más bien fue una condición impuesta por los Estados Unidos de Norteamérica con la finalidad de tratar de equiparar los costos de producción de sus empresas que pagan altos seguros y costos ambientales con los de las empresas nacionales que hasta hace no destinaban recurso alguno para que sus actividades de producción dejaran de ser contaminantes.

Tal y como lo señala el Peña Cabrera³²:

“La necesidad del Estado peruano por suscribir un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica propició toda una reforma legislativa en varios campos de la juridicidad. Es por ello que para el país del norte resulta indispensable que el Perú adecue 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.”

Entonces, han sido los compromisos contraídos con Estados Unidos y no la discusión deliberante de los actos involucrados los que han incidido en la reforma político-criminal de los delitos ambientales, contrario a los principios que rigen un Estado constitucional de derecho. Fue entonces, la presión internacional la que encaminó la protección jurídico-normativa. Dicha inferencia no da ha a entender de forma rayana que la reforma penal haya sido equivocada en todos los casos”.

La presión por lograr la aprobación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos determinó que en nuestro país no se realizará una discusión muy profesional acerca del contenido de los tipos penales y de la proporcionalidad de las penas, pese a que la complejidad propia de la materia ambiental así lo exigía. En ese sentido, debía tenerse en cuenta, por ejemplo,

³² PEÑA CABRERA, Alonso. *Los delitos ambientales*. Lima, Ediciones Pacifico. 2013, p. 51-73.

que la técnica de tipificación de los delitos ambientales por excelencia es la de los tipos penales en blanco. Al respecto, Bramont Arias refiere: “La ley en blanco se limita a establecer que un género de conducta debe ser castigado con una determinada pena, delegando la estructuración de la acción punible en otra disposición”³³.

Por todas estas razones, desde nuestro punto de vista, hoy por hoy es de recibo en el Perú, lo señalado en el 2007 por Márquez Buitrago³⁴ respecto a la situación del derecho penal ambiental en Colombia: “La conclusión evidente es que el derecho penal, al menos en sus actuales condiciones de aplicación, es un instrumento limitado para contener el deterioro del medio ambiente. La configuración de los tipos penales obedece más a la validación de los intereses del capital que a un compromiso real por la conservación del medio ambiente.

Entonces el Estado le encarga a la administración de justicia la misión de modelar la sociedad sin instrumentos razonables para hacerlo. Desde esta perspectiva, no podemos desconocer que el derecho ambiental, al menos en el ámbito de regulación del Código Penal, no es capaz de cumplir la exigencia del ‘principio de utilidad’ si asumimos como criterio de medición el nivel de ineficacia en la persecución y represión de los delitos ambientales, como fácilmente podrían constatarlo las estadísticas.

La ausencia de una política ambiental responsable en los delitos ambientales, así como la influencia de los intereses económicos en el Poder Legislativo ha determinado, desde mi punto de vista, dos grandes problemas a los operadores jurídicos que ejercen justicia en materia ambiental.

El primero de ellos consiste en que las conductas más lesivas al medio ambiente son:

- a) La contaminación ambiental
- b) La extracción ilegal de especies acuáticas.
- c) El tráfico ilegal de residuos peligrosos, entre otros

³³ BRAMONT ARIAS, Luis. *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*. Lima, Jurista Editores. 2014, p. 23.

³⁴ MÁRQUEZ BUITRAGO, Mauricio. *La protección del ambiente y los límites del derecho penal, en Jurídicas*, vol. 4, N° 1 2007 [Acceso 09.XI 2017]. En [file:///C:/Users/Cristina/Downloads/DialnetLaProteccionDelAmbienteYLosLimitesDelDerechoPenal-2485602%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Cristina/Downloads/DialnetLaProteccionDelAmbienteYLosLimitesDelDerechoPenal-2485602%20(2).pdf)

Cometidos en su mayoría por personas y empresas privadas con gran poder económico, argumentando que la responsabilidad penal ambiental no se encuentra debidamente tipificada en el código penal peruano, es por ello que se reprimen con bajas penas, requiriendo actividad probatoria compleja.

Por otro lado, la ausencia de una política criminal ambiental responsable, así como la influencia de los intereses económicos en el Poder Legislativo de nuestro país, ha determinado que las conductas más lesivas al medio ambiente sean reprimidas con penas benignas, mientras que las conductas menos lesivas al medio ambiente como los delitos contra los recursos naturales, se reprimen con pena más gravosas, generando una situación de desproporcionalidad de penas³⁵.

El segundo problema se refiere a los delitos contra los recursos naturales que en su gran mayoría son cometidos por agricultores y/o pescadores artesanales, personas de bajos recursos económicos y de bajo nivel de instrucción, donde las penas son más gravosas, y no es posible optar por el principio de oportunidad a pesar que existe un grave problema de tipicidad debido a que tanto el tipo penal como la norma administrativa no ha establecido un límite mínimo de cantidad o peso respecto de los recursos indebidamente extraídos, capturados o cazados, lo que está generando la imposición de diversas sentencias por conductas escasamente lesivas al bien jurídico protegido, generando hasta cierto punto un abuso del poder penal.

2.2. Medio Ambiente.

2.2.1. Aproximación conceptual.

El Tribunal Constitucional en su sentencia N°03343-2007-PA/TC³⁶, “*delimita que el derecho a gozar del medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve*”.

Entonces ante dicha jurisprudencia se puede apreciar el mismo tribunal constitucional reconoce el derecho de protección y preservación del medio

³⁵ MARROQUÍN CÓRDOVA, Ángela. *La necesidad de aplicación del principio de mínima intervención penal en el delito de extracción ilegal de especies acuáticas*. Lima, Ediciones Pacífico. 2017, p. 73.

³⁶ STC del 19 de febrero de 2009 {Sentencia N°03343-2007-PA/TC}. *Diálogo con la Jurisprudencia*, edición número 22, Lima. Gaceta Jurídica, 2010.

ambiente, para que así la población pueda tener un ambiente de calidad y un adecuado sistema de vida, singularmente se debe buscar aplicaciones de tipos penal que se adecuen a las afectaciones del ecosistema y así poder cuidarlo siempre.

Por otro lado, el Instituto de Derechos y Humanos y Desarrollo de la USMP afirma que dicha interpretación del Tribunal Constitucional debe ser entendida como:

“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. Y también que la intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación”³⁷.

Es decir, buscar siempre la conservación y la no destrucción del lugar donde vivimos, siendo el ser humano el único agente capaz de regular y salvaguardar la integridad del ecosistema.

2.2.2. Marco de protección del medio ambiente al amparo de la Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente.

Se puede determinar que, dentro del marco normativo legal para la gestión ambiental en el Perú, es de obligatorio cumplimiento para toda persona natural o jurídica, pública o privada dentro del territorio nacional, que la protección del medio ambiente comprende el suelo, subsuelo, el dominio marítimo, lacustre, hidrológico e hidrogeológico y el espacio aéreo". Sin embargo, "la regulación de las actividades productivas y el aprovechamiento de los recursos naturales se rigen por sus respectivas leyes, aplicándose con ello las políticas, normas e instrumentos de gestión ambiental". Lo cual significa que las actividades minero-metalúrgicas se rigen por la ley de la materia, vale decir el TUO. El ambiente es definido como "los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o

³⁷ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO USMP. *La Protección del Derecho al Medio Ambiente en el Estado Peruano*, 2015 [Acceso 09.XI 2017]. En http://www.usmp.edu.pe/IDHDES/pdf/derecho_medio_ambiente.pdf

antropogénico, que en forma individual o asociada conforman el medio en el que se desarrolla la vida"³⁸.

2.2.3. Disposiciones Constitucionales y Tratados Internacionales que protegen el Medio Ambiente.

“A partir de la revolución industrial los efectos de las acciones humanas adquieren magnitudes y características cuyos efectos se empiezan a notar y a preocupar por sus graves consecuencias. El tema ambiental es de naturaleza global y no está circunscrito a un particular territorio. Las emanaciones y vertimientos tóxicos en un país afectan el medio ambiente de los países vecinos hasta grandes áreas que abarcan continentes enteros”.³⁹

Haciendo referencia al “Artículo 66° de la Constitución: no se refiere al ambiente sino a los recursos naturales. Así mismo El Artículo 67° señala que: El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. política que es consustancial a sus fines y lo hace a través de las disposiciones legales y reglamentarias que hemos reseñado anteriormente, las cuales se cumplen y ejecutan por intermedio de organismos autónomos especializados tales como el Ministerio del Ambiente, antes Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) , hoy día sustituida por El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), con la colaboración de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales. El Artículo 68° de la Constitución dispone que "El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas"⁴⁰.

Las normas de protección del medio ambiente se han incorporado en el nivel más alto del ordenamiento jurídico, es decir, en las constituciones de muchos países. Nuestro país no ha sido ajeno a esta evolución pues lo que se requiere

³⁸ BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho minero y concesión*. Quinta edición. Lima, Editorial San Marcos, 2013, p. 166.

³⁹ BARTRA ABENSUR, Valentín. *La protección del medio ambiente y los recursos naturales en la nueva constitución del Perú*. p. 10, [Acceso 09. XI .2017]. En, http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/geologia/vol5_n10/proteccion.pdf,

⁴⁰ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Lima, Idemsa, 2012, p. 112.

es el desarrollo sostenible bajo el principio de responsabilidad común y diferenciada sobre el ambiente mediante medidas de prevención y precaución sobre las mismas.

2.2.4. La gestión ambiental en el Perú.

Cualquier proyecto o actividad de inversión pública, privada o mixta y que sea pasible de causar impactos negativos en el ambiente deberá obtener como condición para su inicio o ejecución la aprobación de su instrumento de gestión ambiental. Sin este requisito tampoco se podrá obtener licencia o autorización alguna, lo cual se encuentra estipulado en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su Reglamento⁴¹.

Toda organización por definición se puede concebir como un sistema que requiere un conjunto de elementos interrelacionados que permiten que pueda funcionar según sus propósitos o razón de ser, es decir, que se pueda gestionar. Dicha gestión puede tener diferentes aristas o dimensiones, v. g. gestión financiera, social como también ambiental.

La gestión ambiental es un concepto polisémico (con diferentes acepciones) e interdisciplinario. Ha sido por momentos asociado meramente a la institucionalidad ambiental, otras veces a toda la gobernabilidad ambiental, entre otros. Sin embargo, hoy en día hay cierto consenso básico de cómo aproximarnos a ella y, en parte, ello obedece al desarrollo técnico conceptual de las normas ISO 14000⁴² pero pueden convertirse en un freno al conferirle un

⁴¹ CONGRESO DE LA REPUBLICA. *Ley 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental*, 2016 [Acceso 09.XI 2017]. En: <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/10/Ley-y-reglamento-del-SEIA1.pdf>

⁴² Las normas de gestión ambiental ISO 14000 sugieren a las empresas una serie de procedimientos de gestión que les permita asegurar a sus clientes una mejora ambiental continua de sus productos y servicios. Mientras ISO 14000 es el nombre genérico del conjunto de normas ambientales de la Organización Mundial para la Estandarización, ISO 14001 se refiere específicamente al sistema de gestión ambiental, es decir, "a aquella parte del sistema global de gestión que incluye la estructura organizacional, las actividades de planificación, las responsabilidades, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos para desarrollar, implementar, lograr, revisar y mantener la política ambiental" ISO 14001: Especificación para la implementación del Sistema de Gestión Ambiental. ISO 14004: Guía para la Implementación del Sistema de Gestión Ambiental. ISO 19011: Criterios para auditar sistemas de gestión ambiental y requisitos para auditores. ISO 14021/24: Etiquetado Ambiental. ISO 14031: Evaluación del desempeño ambiental. ISO 14040: Evaluación del Ciclo de Vida. ISO 14060: Guía para la

peso o una acepción tecnocrática in estricto. De ahí la necesidad de concebir sus múltiples alcances y cómo se articula con la política ambiental.

2.3. Delito de Contaminación Ambiental.

2.3.1. El delito de contaminación del medio ambiente.

Cáceres Zúñiga⁴³, afirma que:

“El análisis del delito de contaminación del ambiente tipificado en el art. 304 del Código Penal no es un tema novedoso, varios juristas se han ocupado del mismo y existe incluso doctrina jurisprudencial vinculante de la Sala Permanente de la Corte Suprema respecto de los elementos normativos del tipo penal, sentencia que a su vez ha dado lugar a otras tantas discusiones y opiniones sobre el tema”.

Entonces, se puede expresar que la tipificación de los delitos ambientales en la legislación nacional ya es un tema que viene siendo regulado de manera exitosa, sin embargo, no todo parece ser así, ya existe aún muchas deficiencias y vacíos legales que dificultan el desarrollo normal de las sentencias en materia ambiental.

Consecuentemente dejando de lado los problemas que he esbozado en torno a la política criminal en los delitos ambientales en nuestro país, no tenemos dudas respecto de que el derecho penal es una herramienta válida e importante para la protección del ambiente; sin embargo, con la finalidad de contribuir a solucionar las deficiencias anotadas⁴⁴, surge la necesidad de recurrir a la aplicación de los principios de mínima intervención penal y de lesividad, a efecto de evitar

inclusión de aspectos ambientales en las normas de productos. Estas normas son: la familia de las normas ISO 14000.

TURMERO ASTROS, Iván. *Sistema de gestión ambiental (SGA), ISO 14000 y 14001*. , [Ubicado el: 09. XI .2017], Obtenido en: <http://www.monografias.com/trabajos97/sistema-gestion-ambiental-sga-iso-14000-y-14001/sistema-gestion-ambiental-sga-iso-14000-y-14001.shtml>. .

⁴³ CÁCERES ZÚÑIGA, Carolina. *El delito de contaminación del ambiente en el Código Penal peruano: contenido y alcances*, 2016 [Acceso 09. XI .2017], En: http://www.scientiarvm.org/cache/archivos/PDF_268350471.pdf

⁴⁴ Cfr. ACTUALIDAD PENAL. *Código Penal Peruano 2017* [Acceso 09. XI .2017], En: <http://actualidadpenal.com.pe/servicio/codigos/codigo-penal>.

sanciones penales, en los casos donde no se haya producido una afectación o lesividad importante al bien jurídico protegido.

Sin embargo, la Sala Especial de la Corte Suprema ha establecido que el principio de intervención mínima constituye un límite al *ius puniendi* del Estado, pues señala que se justifica la intervención penal siempre que esta sea necesaria e indispensable para el mantenimiento de la armonía social.

Se hace referencia a la provocación o realización de descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes, respecto de estas acciones se ha utilizado un “lenguaje técnico ambiental”, es decir no se trata de cualquier tipo de acción y menos aún se podría utilizar analogía al respecto ya que, además, la misma está proscrita en el derecho penal⁴⁵.

Otro ejemplo, el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, en su art. 3.f señala que emisión es el nivel de presión sonora existente en un determinado lugar originado por la fuente emisora de ruido ubicado en el mismo lugar, en este caso la infracción del reglamento se origina provocando o realizando emisiones sonoras que superen los estándares de ruido, emisiones y estándares contenidos en el propio reglamento⁴⁶.

Un último ejemplo, la Ley de Recursos Hídricos en su art. 120 señala infracción en materia de aguas y el numeral 9 señala como tal el realizar vertimientos sin autorización, nuevamente encontramos la misma relación, es decir la norma que se infringe hace referencia a la acción correspondiente, en este caso repetimos, se infringe la Ley de Recursos Hídricos al realizar vertimientos sin autorización⁴⁷. Seguidamente, el tipo penal señala cuáles son los elementos materia de afectación como consecuencia de las referidas acciones y solo estamos ante

⁴⁵ Cfr. VERA TORREJÓN, José y CAICEDO SAFRA, Paola. Op.cit., p. 224 y 225.

⁴⁶ MINISTERIO DE SALUD. *Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido Decreto Supremo Nº 085-2003-PCM 2003* [Acceso el 09.XI 2017]. En http://www.digesa.minsa.gob.pe/norma_consulta/D.S.-085-2003-PCM-Reglamento-de-Est%C3%A1ndares-Nacionales-de-Calidad-Ambiental-para-Ruido.pdf.

⁴⁷ CONGRESO DE LA REPUBLICA. *Ley 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental*, 2016 [Acceso 09.XI 2017]. En <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/10/Ley-y-reglamento-del-SEIA1.pdf>

tres posibilidades: aire, agua o suelo, tres elementos del medio ambiente en su estado natural.

En cuanto al agua, se hace referencia a cuerpos de agua terrestres, marítimos o subterráneos, entonces estamos hablando de una afectación de ríos, mares, lagos, (cuerpos de agua natural) donde lógicamente el daño a este elemento del medio ambiente se torne grave o posiblemente grave y el tipo penal señala, además, que ello es según la calificación reglamentaria de la autoridad competente, apareciendo nuevamente la relación establecida en los dos elementos normativos del tipo penal ya mencionados, la infracción de normas que provoca a su vez acciones, y como ya existe una infracción ante la autoridad del sector competente, la calificación reglamentaria está referida a esta infracción que vendría a ser una redundancia en la redacción del tipo penal.

Sin embargo, al parecer el deseo del legislador es que, con esta reiterada referencia a la infracción de la norma administrativa y a la autoridad que la califica como tal, se ha querido establecer un límite en cuanto a la calificación de determinados hechos como delito de contaminación del medio ambiente, de tal suerte que no cualquier acción de afectación a este podría ser calificada como delito.

2.4. La Gravedad de los Ilícitos Ambientales.

2.4.1. La gravedad de los ilícitos ambientales, según la calificación reglamentaria.

El tipo penal establecido en el art. 304 del Código Penal dispone que la alteración, perjuicio y daño debe ser grave, y que el juez penal no será el que libremente decida si la afectación que la acción contaminante produce sobre el ambiente o sus componentes es grave o no, sino que lo determinará con base en la calificación reglamentaria realizada por la autoridad ambiental.

Con relación a ello, el art. 149 de la Ley General del Ambiente dispone que en las investigaciones penales por los delitos ambientales será de exigencia obligatoria la emisión de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal.

Al respecto, es necesario mencionar que la calificación reglamentaria no debe relacionarse con este informe técnico fundamentado exigido por la Ley General del Ambiente. El informe fundamentado solo contiene, entre otros aspectos formales, información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas o reportes presentados por los administrados involucrados en la investigación penal, es decir, describe cada circunstancia en cada caso concreto; por tanto, dicho informe no puede obtener la categoría de calificación reglamentaria, la cual se caracteriza por su aplicación general.

En términos de García Caveró:

“no solo un informe técnico no es una calificación reglamentaria, sino que una de sus particularidades es que carece de carácter vinculante, lo que no se condice con el tenor del tipo penal que vincula la decisión del juez a lo dispuesto reglamentariamente por la autoridad ambiental⁴⁸”.

En tal sentido, el juez deberá acudir a la reglamentación, ya sea específica o general, dada por la administración pública, en la que haya establecido que determinadas conductas ocasionan un perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental. Sin embargo, pese a ello, el juez previamente debe considerar algunos criterios de gravedad, como por ejemplo la probabilidad mayor o menor de lesión y la dimensión de la lesión previsible en función de la extensión del espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación o incidencia⁴⁹.

Asimismo, entre los supuestos de perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental establecidos en la reglamentación administrativa tenemos el Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, cuyo numeral 2 del art. 147 establece las infracciones graves relacionadas al inadecuado manejo de los residuos sólidos que pueda generar afectación a la salud pública y al ambiente; las diversas ordenanzas municipales que fijan las infracciones por contaminación acústica según los decibeles excedidos; la normativa por exceso de los Límites Máximos

⁴⁸ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima, Jurista. 2014, p. 879.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Op. cit., p. 78-80.

Permitidos (LMP) en efluentes y emisiones; la normativa emitida por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA referente a las actividades de su competencia (Resolución de Consejo Directivo N° 035-2015-OEFA/CD, N° 042-2015-OEFA/CD, N° 043-2015-OEFA/CD), entre otras.

CAPÍTULO III

LA FRAGMENTARIEDAD COMO **PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DE** **LAS CONDUCTAS ILÍCITAS** **AMBIENTALES PENALMENTE** **RELEVANTES**

*“De aquel que opina que el dinero puede hacerlo todo,
cabe sospechar con fundamento que será capaz de
hacer cualquier cosa por dinero”
- Benjamín Franklin -*

CAPÍTULO III

LA FRAGMENTARIEDAD COMO PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DE LAS CONDUCTAS ILÍCITAS AMBIENTALES PENALMENTE RELEVANTES

3.1. Aspectos generales.

La expresión de carácter fragmentario del derecho penal indica que solo son punibles algunos fragmentos del grupo de las conductas merecedoras de pena⁵⁰. Conforme a este principio, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente: dentro de estas conductas lesivas deben estar sometidas a represión penal las más graves, toda vez que sería evidentemente desproporcionado imponer una sanción tan severa como la pena, por hechos de bagatela o que no afecten de manera relevante el interés sujeto de protección⁵¹.

En tal sentido, el merecimiento de intervención penal, según la fragmentariedad, dará lugar a dos resultados. Primero, se podrá excluir del ámbito de lo punible, aquellas conductas que, incluso al afectar el bien jurídico protegido, no merecen ser castigadas con una sanción penal y, segundo, las conductas sujetas a

⁵⁰ANDALUZ, Carlos. *Manual de derecho ambiental*, Lima, Iustitia, 2013, p. 24.

⁵¹ AZERRAD, Cecilia. *Avances y retos del derecho ambiental*, Lima, Derecho PUCP, 2013, p.13-73

incriminación pueden ser ordenadas en atención a su grado de merecimiento de pena, lo cual es esencial para adoptar la decisión final de si incriminar o no, o aplicar las exigencias del principio de proporcionalidad de las sanciones⁵².

Bajo este marco teórico, entendemos que el derecho penal ambiental no debe criminalizar cualquier conducta que vulnere el entorno, sino aquellas que afectan sensiblemente al ambiente o a la salud ambiental, mediante su lesión o puesta en peligro grave⁵³. A continuación, corresponde analizar, mediante el principio de fragmentariedad, qué conductas contra el bien jurídico penalmente protegido merecen la intervención de este mecanismo.

3.2. La fragmentariedad en el delito de contaminación ambiental (artículo 304 del Código Penal).

En el caso del medio ambiente, resulta un total despropósito desvincular el habitar, el marco natural del ser humano, pues este se conviene en una condición esencial para su sobrevivencia e interacción con el resto del colectivo. Entonces, bienes jurídicos como los componentes ambientales aparecen como un instrumento vital, para una tutela penal reforzada de los bienes jurídicos fundamentales.

De ahí, que dicha vinculación e interdependencia importe una justificación sobradamente sustentable para que intervenga el derecho penal. Para otras posturas doctrinales, como objeto de protección penal, el medio ambiente aparece como un bien jurídico de todos, que se protege penalmente por sí mismo, con entidad propia y no en función del daño que su perturbación ocasione a otros valores como la vida humana, la salud pública o individual, la propiedad de las cosas, etc., que son bienes jurídicos ya protegidos tradicionalmente por el derecho penal, y que se ven afectados darán lugar a otros delitos en concurso con el delito contra el medio ambiente⁵⁴. Es decir, tendrá una entidad propia, generando de forma autónoma el fin tuitivo del derecho penal.

⁵²SPDA- Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. *Acciones que han intentado debilitar al sector ambiental de nuestro país*, Lima, Actualidad Ambiental, 2014, p. 17.

⁵³BARRANTES, Roxana; GLAVE, Manuel. *Amazonia peruana y desarrollo económico*, Lima, IEP Grade, 2014.

⁵⁴ DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. *Derecho penal del medio ambiente*, España, Tirant lo Blanch, 2013, p. 289.

Dejando de lado los problemas que hemos esbozado en torno a la política criminal en los delitos ambientales en nuestro país, no tenemos dudas respecto de que el derecho penal es una herramienta válida e importante para la protección del ambiente; sin embargo, con la finalidad de contribuir a solucionar las deficiencias anotadas, surge la necesidad de recurrir a la aplicación de los principios de mínima intervención penal y de lesividad, a efecto de evitar sanciones penales, en los casos donde no se haya producido una afectación o lesividad importante al bien jurídico protegido.

Es necesario recurrir al principio de mínima intervención penal para declarar la atipicidad de ciertas conductas de poca trascendencia social en las diferentes modalidades del delito de extracción ilegal de especies acuáticas aquellos casos en que las cantidades de las especies extraídas o capturadas, ya sea en época de veda o en tallas mínimas sean escasas. Más aún, si estas conductas, sí o sí, serán sancionadas administrativamente mediante las multas que en su momento deberán imponer el Ministerio de la Producción o las Gerencias Regionales de Producción.

Este principio está conformado a su vez por los subprincipios de fragmentariedad y subsidiariedad (*ultima ratio*), entendiéndose que el principio de fragmentariedad establece que el derecho penal no interviene en la regulación de todas las conductas lesivas a los bienes que protege, sino solo en las modalidades más peligrosas. Así mismo, en cuanto al principio de subsidiariedad o *ultima ratio* señala que el derecho penal deberá intervenir exclusivamente cuando otros medios de control social hayan fracasado en el intento de salvaguardar el buen desarrollo de la sociedad⁵⁵.

Sería incluso una expresión expansiva del derecho penal de riesgo, que deja de lado el principio de fragmentariedad y subsidiariedad. No se ocuparía en efecto de las conductas más graves, y la gravedad tiene que ver ciertamente con la proximidad del acto electoral. Sería el primer instrumento de control social, dejando sin objeto al derecho electoral sancionatorio o al control social informal. Por lo demás, tal visión maximalista en el fondo subestima la capacidad misma

⁵⁵ PRAT GARCÍA, Josep; SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico. Jurisprudencia actual y comentada*, Barcelona, Cedecs, 2000.

de los ciudadanos, y de su madurez cívica, porque deja trasuntar la idea que los ciudadanos son personas manipulables. Por lo que debe ser desestimada.

El carácter fragmentario del derecho penal constituye un instrumento más de límite material del “*iuspuniendi*”, estatal por el hecho de restringir su actuación únicamente en la protección de los bienes jurídicos individuales o colectivos reputados como más importantes. Como ya se sabe, al Derecho como a un todo le cabe proporcionar la necesaria paz social, protegiendo algunos valores e intereses que resultan fundamentales al individuo o a la comunidad, garantizando de ese modo a los ciudadanos justicia y seguridad en sus relaciones.

Partiendo de ese presupuesto, aclara Solano que:

“Dentro de la función general del Derecho, el Derecho Penal se caracteriza por proteger a través de la pena y la medida que son los recursos más drásticos con que cuenta el ordenamiento jurídico los más fundamentales valores del orden social, frente a los ataques que, desde el punto de vista de la convivencia social, aparecen como más intolerables. El Derecho Penal presenta, de esta suerte, necesariamente carácter fragmentario. No protege todos los bienes jurídicos sino los más fundamentales, y ni siquiera protege a éstos frente a cualquier clase de atentados, sino tan sólo frente a los ataques más intolerables”⁵⁶.

El primer autor que destacó el carácter fragmentario del Derecho Penal fue Karl Binding, en su “*Lehrbuch des Strafrechts*”, pero no en los moldes minimalistas que hoy se conciben y se instruyen para esta rama jurídica. Partiendo de una visión conservadora y retribucionista, este autor criticaba la circunstancia de que en la Parte Especial de los Códigos Penales no se daba una protección de la totalidad de los bienes jurídicos, pero sí de una forma incompleta y fragmentaria, lo que consideraba un grave defecto por generar la impunidad de algunos comportamientos lesivos. Tal aspecto, en la visión del gran penalista alemán,

⁵⁶ Cfr. SOLANO, Pedro. *Legislación y conceptos aplicables a las áreas naturales protegidas en el Perú*, Lima, Derecho PUCP, 2013, p.109.

necesariamente debía ser corregido para que el Derecho Penal pudiese concretizar su función primordial, la realización de la justicia.

Actualmente, en sentido diametralmente opuesto, desde una perspectiva ya no exclusivamente retributiva, sino también preventiva del Derecho Penal⁵⁷, que “el carácter fragmentario se reputa como característica de un Estado respetuoso para con la libertad del ciudadano”. En ese sentido, se tiene que el principio de fragmentariedad establece que el derecho penal no interviene en la regulación de todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo en las modalidades más peligrosas.

El principio de fragmentariedad, de mínima intervención, como exigencias mínimas para la configuración típica de un tipo penal. Esto implica que el tipo penal debe ser claro, estricto y preciso; si su sentido no es claro se aparta del ordenamiento jurídico penal, de ahí que este principio actúe en consuno con los descritos como el principio de taxatividad. Precisamente por ser los principios de fragmentariedad y de mínima intervención los que determinan qué conducta merece protección penal y por ello, los que ingresarán a la órbita del derecho penal es que tales principios que rigen el procedimiento administrativo de contrataciones tienen operatividad en el ámbito administrativo; principios como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario, pueden ser objeto de protección en esa área del derecho, por tanto no consideramos que ambos fundamentos jurídicos de la resolución del Tribunal Constitucional, hayan tomado en cuenta el principio de fragmentariedad y mínima intervención y paralelamente a ello, la noción que el derecho penal tiene su propio sistema comunicativo⁵⁸.

Si bien es cierto, los bienes jurídicos que tutela del derecho penal son a su vez de naturaleza constitucional, ello no significa que todo interés protegido en la Constitución deba ser a su vez objeto de protección por el derecho penal, pues también hay principios informadores del derecho administrativo taxativamente previstos en la LCAE como el principio de transparencia en las operaciones, la

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 126

⁵⁸ HUERTAS, Luis. *Constitucionalización del derecho ambiental*, Lima, Derecho Pucp, 2013, p. 477- 502.

imparcialidad, la libre concurrencia y competencia, igualdad de trato o trato justo e igualitario, razonabilidad, eficiencia, publicidad. Aun cuando la imparcialidad de un funcionario público y la libre competencia son bienes jurídicos protegidos por tipos penales distintos al de colusión, tipos penales que estructuran un supuesto de hecho determinado y preciso en el que tutelan la imparcialidad y la libre competencia. Por ello, es que el bien jurídico tutelado en el delito de colusión es el ya citado, ni más ni menos.

La importancia que el principio de la fragmentariedad representa para el Derecho Penal, como forma de delimitar su campo de actuación, posibilitando distinguirlo de las demás ramas jurídicas, es imprescindible que se comente exhaustivamente, para los que se inician en los estudios penales, su significado y sus repercusiones prácticas y teóricas. Por ello, también, se menciona la naturaleza fragmentaria del derecho penal, pues en atención al *principio de fragmentariedad*, el derecho penal material solo legitima su protección a una parte de bienes jurídicos, aquella que de acuerdo con criterios políticos criminales se considere lo más indispensable para la base y el funcionamiento del sistema social.

En el presente escenario, si no existe una concreta puesta en peligro del bien jurídico tutelado (estabilidad del ecosistema), no deberá intervenir el derecho penal, sino garantizarse una eficaz tutela a través de los ordenamientos administrativo y civil. En el ámbito del derecho administrativo, las autoridades ambientales competentes no deben limitarse a la imposición de multas sino que debe recurrir también a la imposición de otras medidas administrativas (suspensión temporal o cese definitivo de las actividades)⁵⁹.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que estamos ante un bien jurídico de carácter colectivo, donde el criterio empleado para afirmar el “merecimiento de pena” es el de “dañosidad social”. Este criterio se considera también para los bienes jurídicos individuales, lo que varía es que en los bienes jurídicos supraindividuales el efecto social de la conducta pasa a primer plano y, en

⁵⁹GÓMEZ APAC, Hugo. *El deber jurídico de la restauración ambiental*, en AA.VV, Lima, Organismo de Evaluación y Fiscalización ambiental, 2013, p. 72.

segundo plano, los medios empleados que puedan ser reprochables⁶⁰. La dañosidad social de la conducta enfatiza en el disvalor de la acción, el cual se encuentra formado, a su vez, por los medios o modos de ejecución del delito que fundan o agravan el ilícito penal⁶¹.

En este contexto, nos serviremos de algunos elementos constitutivos del delito de contaminación ambiental, con la finalidad de determinar qué conductas ambientales provocan dañosidad social y, por tanto, merecen ser sancionadas por el derecho penal ambiental.

El art. 304 del CP dispone lo siguiente:

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 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 análisis del delito de contaminación del ambiente tipificado en el art. 304 del CP no es un tema novedoso, varios juristas se han ocupado del mismo y existe incluso doctrina jurisprudencial vinculante de la Sala Permanente de la Corte Suprema respecto de los elementos normativos del tipo penal, sentencia que a su vez ha dado lugar a otras tantas discusiones y opiniones sobre el tema. La finalidad del presente artículo no es, entonces, dar una opinión más al respecto,

⁶⁰ ORELLANA BAUTISTA, Luz. *Derecho de acceso a la información pública ambiental, en el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*, Lima, OEFA, 2013, p.p. 63-85.

⁶¹ *Ibíd.*, p.17.

sino dar un alcance desde la ocurrencia misma de los hechos, la praxis en el día a día de un despacho fiscal especializado en materia ambiental⁶².

La Real Academia Española, afirma que para empezar, a mi consideración, es primordial definir qué es contaminación y encontraremos, entre muchas, las siguientes definiciones: “acción y efecto de contaminar”, “es la introducción de sustancias en un medio que provocan que este sea inseguro y no apto para el uso”, “la contaminación se denomina a la presencia en el ambiente de cualquier agente químico, físico o biológico nocivos para la salud o el bienestar de la población, de la vida animal o vegetal”⁶³.

Para estos efectos, se analizará el siguiente extracto: *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.*

En tal sentido, para definir el merecimiento de pena en este delito se deben plantear las siguientes interrogantes⁶⁴:

- i) qué debe entenderse por perjuicio, alteración o daño;
- ii) cómo se aplican estos conceptos en el bien jurídico penal estabilidad de los ecosistemas; y,
- iii) cómo se determinará la gravedad de estas conductas, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

Existen varios casos en la jurisprudencia nacional, donde se ha recurrido a la aplicación del principio de mínima intervención penal, para declarar la atipicidad de ciertas conductas de poca trascendencia social, básicamente estos casos estaban referidos al delito de peculado, siendo el tema central el escaso valor de los bienes indebidamente apropiados por los funcionarios públicos, otro argumento a favor para declarar la atipicidad de estas conductas es el referido a la existencia de otras vías alternas al derecho penal, tal como el procedimiento

⁶² REYNA, Luis. *La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites*, Lima, Unifr, 2015.

⁶³ WIELAND FERNANDINI, Patrick. *Introducción al derecho ambiental*, Lima, Fondo editorial, 2017, p.123.

⁶⁴ MATEO, Martin. *Manual de derecho ambiental*, España, Trivium, 2001.

administrativo sancionador que en el caso concreto atendiendo a la mínima lesividad de los hechos permite una solución del conflicto más satisfactoria tanto para el imputado como para la sociedad.

Tales definiciones, aunque formalmente correctas, en verdad sólo pretenden expresar la fase conclusiva del proceso nomogénicopenal, aún impregnado de densos momentos valorativos subyacentes, en el curso del cual el legislador identifica e enuncia las conductas que tienen que ser puestas bajo la prohibición del precepto jurídico corroborado por la conminación penal.

Cabe, pues, tener siempre presente las razones y líneas de contenido que llevan al legislador ahora prohibir, para ordenar la efectución de determinados comportamientos.

Abarcadores de esa dimensión material implícita en las normas penales e indicadores del objetivo prestado a ellas por los que las crean, aquí se podrían alistar, las siguientes formulaciones ofrecidas por Huerta Luis, afirma que:

*Derecho Penal; dice el primero es el sector del ordenamiento jurídico que tutela determinados valores fundamentales de la vida comunitaria, regulando la facultad estatal de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas y de aplicar penas y medidas de seguridad a quienes contra aquellos valores atenten mediante hechos de una determinada intensidad*⁶⁵.

El derecho penal, por tanto, no puede renunciar a su función preventiva y tuitiva en todos aquellos ámbitos sociales necesitados de tutela punitiva, recogiendo y valorando un estado real de naturaleza, revistiéndolo de cobertura normativa, por lo que su materialidad requiere expresarse en conceptos y mediciones legales, no solo procurar que su intervención se acorde al principio de lesividad, sino también para fijar criterios seguros de desvalor antijurídico. De esta manera, podemos estar ante lo jurídico penalmente relevante.

Bajo estos conceptos, es claro que cualquier circunstancia puede causar contaminación y muchas veces en las denuncias penales se plasma cualquier

⁶⁵ HUERTA, Luis. *Constitucionalización del derecho ambiental*, Lima, Derecho PUCP, 2013, p. 31.

circunstancia como delito de contaminación del ambiente; sin embargo, si bien ello podría tener connotación ambiental, no significa que necesariamente configuraría una infracción o falta administrativa ambiental y mucho menos configurará un delito de contaminación del ambiente. Por otro lado, ya remitiéndonos al CP, el art. 304 no señala como acción típica del delito contaminación ambiental “el que contamina”, o tal vez, “el que contamina y causa daño al ambiente”, esto último como para dar una justificación penal a la acción de contaminar: ello no opera así en el tema penal ambiental.

El art. 304 ha formulado un tipo penal, de acuerdo a mi apreciación, uno de los más complejos del CP, utilizando en primer lugar la técnica de la ley penal en blanco, al referirse a la infracción de leyes, reglamentos o límites máximos permisibles en adelante LMP, es decir, en un primer momento el tipo penal nos remite a normas extrapenales, a estas leyes, reglamentos y LMP que forman parte del marco normativo ambiental y que se encuentran además dentro de la política de gestión ambiental, como ya se ha señalado en el presente. Continuando con el análisis, se hace referencia a la provocación o realización de descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes, respecto de estas acciones se ha utilizado un “lenguaje técnico ambiental”, es decir no se trata de cualquier tipo de acción y menos aún se podría utilizar analogía al respecto ya que, además, la misma está proscrita en el derecho penal⁶⁶.

Estas acciones son las que se realizan dentro de las actividades que pueden generar riesgos para el medio ambiente según el marco de gestión ambiental en el país y están directamente relacionadas a las leyes, reglamentos o LMP cuya infracción es condición para la comisión del delito. Por ejemplo, tenemos “límites máximos permisibles de emisiones contaminantes para vehículos automotores que circulen en la red vial”, dentro de esta norma se habla de los valores contaminantes de los gases emitidos por vehículos que utilizan combustible diésel y gasolina que, al ser superados, dan lugar a la posibilidad de causar daño al ambiente, entonces, la infracción de LMP en el presente caso está directamente referida a la provocación de emisiones de gases tóxicos, emisiones

⁶⁶ Op. cit., p. 123.

que la misma norma contempla. Otro ejemplo, el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, en su art. 3.f señala que emisión es el nivel de presión sonora existente en un determinado lugar originado por la fuente emisora de ruido ubicado en el mismo lugar, en este caso la infracción del reglamento se origina provocando o realizando emisiones sonoras que superen los estándares de ruido, emisiones y estándares contenidos en el propio reglamento.

Un último ejemplo, la Ley de Recursos Hídricos en su art. 120 señala infracción en materia de aguas y el numeral 9 señala como tal el realizar vertimientos sin autorización, nuevamente encontramos la misma relación, es decir la norma que se infringe hace referencia a la acción correspondiente, en este caso, se infringe la Ley de Recursos Hídricos al realizar vertimientos sin autorización. Seguidamente, el tipo penal señala cuáles son los elementos materia de afectación como consecuencia de las referidas acciones y solo estamos ante tres posibilidades: aire, agua o suelo, tres elementos del medio ambiente en su estado natural.

En cuanto al agua, se hace referencia a cuerpos de agua terrestres, marítimos o subterráneos, entonces estamos hablando de una afectación de ríos, mares, lagos, (cuerpos de agua natural) donde lógicamente el daño a este elemento del medio ambiente se torne grave o posiblemente grave y el tipo penal señala, además, que ello es según la calificación reglamentaria de la autoridad competente, apareciendo nuevamente la relación establecida en los dos elementos normativos del tipo penal ya mencionados, la infracción de normas que provoca a su vez acciones, y como ya existe una infracción ante la autoridad del sector competente, la calificación reglamentaria está referida a esta infracción que vendría a ser una redundancia en la redacción del tipo penal.

Sin embargo, al parecer el deseo del legislador es que, con esta reiterada referencia a la infracción de la norma administrativa y a la autoridad que la califica como tal, se ha querido establecer un límite en cuanto a la calificación de determinados hechos como delito de contaminación del medio ambiente, de tal suerte que no cualquier acción de afectación a este podría ser calificada como delito.

3.3. Alcances de la política criminal peruana de los delitos ambientales.

Lamentablemente, en nuestro país, la preocupación por reprimir penalmente las conductas lesivas al medio ambiente, no surgió de la convicción de proteger este bien jurídico fundamental, sino más bien fue una condición impuesta por los Estados Unidos de Norteamérica con la finalidad de tratar de equipar los costos de producción de sus empresas que pagan altos seguros y costos ambientales con los de las empresas nacionales que hasta hace poco más de dos décadas no destinaban recurso alguno para que su actividades de producción fueran o dejaran de ser contaminantes.

Tal y como lo señala el Cabrera Freyre:

“La necesidad del Estado peruano por suscribir un Tratado de Libre Comercio 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 adecue 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. Entonces, han sido los compromisos contraídos con Estados Unidos y no la discusión deliberante de los actos involucrados los que han incidido en la reforma político criminal de los delitos ambientales, contrario a los principios que rigen un Estado constitucional de derecho. Fue entonces, la presión internacional la que encaminó la protección jurídico-normativa. Dicha inferencia no da ha a entender de forma rayana que la reforma penal haya sido equivocada en todos los casos”⁶⁷.

La presión por lograr la aprobación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos determinó que en nuestro país no se realizará una discusión muy profesional acerca del contenido de los tipos penales y de la proporcionalidad de las penas, pese a que la complejidad propia de la materia ambiental así lo exigía. En ese sentido, debía tenerse en cuenta, por ejemplo, que la técnica de tipificación de los delitos ambientales por excelencia es la de los tipos penales en blanco. Al respecto, Bramont Arias refiere: “La ley en blanco

⁶⁷ Op.cit., pp. 51-73.

se limita a establecer que un género de conducta debe ser castigado con una determinada pena, delegando la estructuración de la acción punible en otra disposición”⁶⁸.

Por todas estas razones, desde nuestro punto de vista, hoy por hoy es de recibo en el Perú, lo señalado en el 2007 por Márquez Buitrago respecto a la situación del derecho penal ambiental en Colombia: “La conclusión evidente es que el derecho penal, al menos en sus actuales condiciones de aplicación, es un instrumento limitado para contener el deterioro del medio ambiente. La configuración de los tipos penales obedece más a la validación de los intereses del capital que a un compromiso real por la conservación del medio ambiente. El Estado le encarga a la administración de justicia la misión de modelar la sociedad sin instrumentos razonables para hacerlo. Desde esta perspectiva, no podemos desconocer que el derecho ambiental, al menos en el ámbito de regulación del Código Penal, no es capaz de cumplir la exigencia del principio de utilidad si asumimos como criterio de medición el nivel de ineficacia en la persecución y represión de los delitos ambientales, como fácilmente podrían constatarlo las estadísticas”⁶⁹.

La ausencia de una política ambiental responsable en los delitos ambientales, así como la influencia de los intereses económicos en el Poder Legislativo ha determinado, desde mi punto de vista, dos grandes problemas a los operadores jurídicos que ejercen justicia en materia ambiental.

El primero de ellos consiste en que las conductas más lesivas al medio ambiente, es decir, los delitos de contaminación, tales como la contaminación ambiental, la minería ilegal, en tráfico ilegal de residuos peligrosos, entre otros, cometidos en su mayoría por personas y representantes de empresas con gran poder económico, no se encuentran debidamente tipificadas, se reprimen con bajas penas, requieren de actividad probatoria compleja y además, en la mayoría de estos casos, es posible recurrir a los mecanismos de simplificación procesal

⁶⁸ BRAMONT ARIAS, Luis. *La ley penal*. Curso de dogmática jurídica, Lima, 1950, p. 23.

⁶⁹ MÁRQUEZ BUITRAGO, Mauricio. *La protección del ambiente y los límites del derecho penal*, Jurídicas, vol. 4, n.º 1, Manizales, 2007, pp. 93-104.

como el principio de oportunidad etc., generando hasta cierto punto un situación de impunidad ambiental.

El segundo problema se refiere a los delitos contra los recursos naturales que en su gran mayoría son cometidos por agricultores y/o pescadores artesanales, personas de bajos recursos económicos y de bajo nivel de instrucción, donde las penas son más gravosas, y no es posible optar por el principio de oportunidad a pesar que existe un grave problema de tipicidad debido a que tanto el tipo penal como la norma administrativa no ha establecido un límite mínimo de cantidad o peso respecto de los recursos indebidamente extraídos, capturados o cazados, lo que está generando la imposición de diversas sentencias por conductas escasamente lesivas al bien jurídico protegido, generando hasta cierto punto un abuso del poder penal.

3.3. Perjuicio, alteración o daño.

El término “perjuicio” debe entenderse como el funcionamiento defectuoso del ambiente o de alguno de sus componentes. La alteración hace referencia a una modificación negativa de la situación anterior del ecosistema o de alguno de sus componentes que repercute en la calidad de las prestaciones ambientales que cumplen. El daño es la supresión del funcionamiento del ecosistema en relación con el intercambio de materia y energía que permite el desarrollo de la vida de las personas o de la función específica que, en este contexto, cumple el componente biótico o abiótico contaminado⁷⁰.

Hay quienes consideran que todo tipo de daño es condenable, por lo que debe de ser perseguidos por el derecho. Sin embargo, se puede llegar a análisis que hay casos en los cuales el mismo derecho persigue a los autores de los daños con la finalidad de lograr que nadie vuelva a cometerlos o tentar de incurrir nuevamente en ese daño, estos son los llamados daños intolerables. Asimismo, se encuentran casos en los que el derecho no persigue eliminar la posibilidad de daño, sino simplemente obliga a quien lo cometa a pagar una indemnización.

⁷⁰ GARCIA CAVERO, Op.cit., p. 877.

Esto se debe a que la sociedad no quiere desterrar todos los daños a cualquier costo, porque algunos los consideran parte uniforme de la vida y, por lo tanto, nadie se puede quejar de esto.

Al respecto, resulta pertinente realizar algunas precisiones sobre el contenido en relación con la alteración y el daño ambiental. En el ámbito ambiental es frecuente encontrar una negatividad frente al impacto ambiental ya que este término ha sido modificado en relación al valor natural de la productividad ecológica y el aumento de perjuicio derivado de la contaminación y los demás riesgos ambientales que discuerden con la estructura ecológica-geográfica, el carácter y la personalidad de una zona determinada⁷¹.

De acuerdo con el nombre y en relación con el término “alteración” se analiza como el tipo penal que se relaciona con el concepto de impacto ambiental negativo, en el sentido de que hacen referencia a la modificación negativa al ambiente o sus componentes, por lo que si una conducta ilícita contra el ambiente genera dicho impacto estará dentro del supuesto del delito de contaminación ambiental. No obstante, cabe aclarar que no cualquier alteración o impacto ambiental negativo configurará el delito de contaminación ambiental, sino que dicho impacto deberá ser aún más represivo para el ambiente. Esto último es lo que se conoce como contaminación ambiental propiamente dicha. En tal sentido, toda contaminación ambiental es un impacto ambiental negativo, pero no todo impacto ambiental negativo llega a ser una contaminación ambiental⁷².

Desde esta perspectiva, a qué tipo de daños pertenecía los daños al medio ambiente, los tolerables pero reparables o los intolerables. La doctrina⁷³ considera que la mayoría está dentro de los daños intolerable, lo cual quiere decir que hay algunos que se encuentran dentro de lo tolerable pero reparable. Por ejemplo, es conocido que los trabajadores que realizan actividades mineras, sufren enfermedades profesionales de carácter respiratorias, como la neumoconiosis en sus diferentes estados de evolución, debido a que los

⁷¹ VERA TORREJÓN, José; PAOLA CAICEDO, Safra. Op.cit., p.p. 224 - 225.

⁷² Op.cit., p. 227.

⁷³ FRANCISKOVIC, Millitza. *El medio ambiente y su tutela jurisdiccional*, Lima, Griley, 2013, p. 28.

trabajadores mineros en el desarrollo de sus labores respiran aire contaminado, pero la sociedad considera que adoptando medidas de protección laboral y la correspondiente compensación e indemnización, este daño se convierte en tolerable, pues no hay necesidad de pretender erradicar totalmente la conducta dañina porque se encuentra dentro del límite de lo razonable y porque esta actividad minera genera más ventajas que desventajas, pues es conocido que la minería en el Perú es una de los sectores que mayor aporta al tesoro nacional.

Por su parte, el daño ambiental ha sido definido en la Ley General del Ambiente como todo menoscabo material que sufre el ambiente o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales. Este concepto generalmente se vincula con una definición proveniente del derecho civil, donde sí es necesario que exista un daño para atribuir responsabilidad al sujeto. Por tanto, cualquier referencia de daño ambiental en el ámbito penal estará vinculada a la lesión efectiva del ambiente o sus componentes, y no al peligro concreto o abstracto de afectación de estos.

Sobre la circunstancia de ser merecedor de protección, no hay como alejar un cierto grado de subjetividad del legislador en su apreciación, debiendo él considerar, evidentemente, el valor que se atribuye a un determinado bien por el grupo social, condicionado por los factores históricos, culturales, económicos, políticos y costumbristas, proceso selectivo éste que, algunas veces, será objeto de cuestionamientos y modificaciones. Algunos bienes jurídicos claman por incidencia de la sanción penal, lo que ocurre en los casos en que las demás ramas del Derecho no poseen mecanismos aptos para proporcionar una tutela eficaz o que hasta protegen, pero de forma insuficiente.

3.4. Perjuicio, alteración o daño en la estabilidad de los ecosistemas.

Ahora bien, corresponde analizar sobre la base de qué criterios se aplicarán estos conceptos en el bien jurídico penalmente protegido: estabilidad de los ecosistemas.

De manera general, el daño ambiental se refiere a la pérdida, disminución o menoscabo de uno o más componentes del ambiente. La causa del daño puede

ser natural (la explotación de un volcán puede afectar la calidad del agua de un río) o humana (un derramen de hidrocarburos puede destruir un hábitat natural).

Al derecho ambiental le concierne la afectación del ambiente, que puede diferenciarse de la afectación a otros bienes jurídicos, tales como la salud, la vida o la propiedad personal⁷⁴, aunque muchas veces esta distinción resulte compleja, para accionar en defensa del medio ambiente, la carga de la prueba respecto a la probanza del daño ambiental; y la causalidad daño ambiental generando y el sujeto que lo generó.

Caro Coria adopta el criterio de la capacidad de resistencia de los ecosistemas, sosteniendo que “la estabilidad es la capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir a las perturbaciones externas, de origen natural o humano. Por cierto, esa capacidad de resistencia no puede verse perturbada por cualquier actividad humana, sino por aquellas que al generar un gran impacto ambiental disminuyen las condiciones que permiten la estabilidad, es decir, que alteran gravemente la composición del agua, de la atmósfera o de los suelos, o disminuyen la biodiversidad”⁷⁵. Esto implicaría que los efectos de alteración, perjuicio o daño se determinarían sobre la resistencia de un ecosistema.

En el derecho comparado, Alastuey Dobón parte del criterio de la capacidad de regeneración de los ecosistemas. Aduce que “el desequilibrio del ecosistema, esto es, la lesión del bien jurídico se dará cuando se produzca un menoscabo en esa capacidad de regeneración. La capacidad de recuperación de un sistema natural (resiliencia) hace referencia a la rapidez con que un ecosistema vuelve a su estado anterior después de haber sido perturbado”⁷⁶. En virtud de ello, se cometerá el tipo penal cuando las conductas ilícitas ambientales sean aptas para producir un perjuicio, alteración o daño en la capacidad de regeneración del ecosistema.

⁷⁴ TORRES PORTILLA, Roció del Pilar. *El derecho de acceso a la información pública ambiental y el rol que desempeñan las entidades públicas con competencia en materia ambiental*, Lima, Derecho y asociación civil, 2014, p.p. 42-50.

⁷⁵ ZABARBURU, Sharon. *El derecho de acceso a la información ambiental*, Lima, Derecho de acceso, 2015, p.p. 277 - 278.

⁷⁶ ALASTUEY DOBÓN, Op.cit., p.p. 66 - 67.

Sobre estas posturas, se analiza que tanto la resistencia como la regeneración de los ecosistemas requieren de un estudio técnico científico exhaustivo que analice la capacidad de soporte o reconstrucción de los mismos ante las perturbaciones que puedan generarse, lo que implicaría, incluso, años de investigación para llegar a una conclusión. Además, estos criterios, no consideran que los ecosistemas, la mayoría de veces, no se encuentran en su estado natural, dado que algunos ya están alterados (altamente contaminados), ya sea por factores naturales o humanos; en tal sentido, no podría calificarse una conducta como un delito ambiental, pues ya no podría hablarse de una lesión o puesta en peligro grave de un bien jurídico que ya se encuentra deteriorado, ya sea porque el bien jurídico no resistirá más o porque su regeneración se tornaría más lenta.

Por esta razón, estimo que debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 9 de la LGA, el cual dispone que la finalidad de la política ambiental es mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo. De esta manera, se debe proteger la permanencia de ecosistemas saludables, viables y sobre todo funcionales. Sobre el funcionamiento de los ecosistemas, García Caveró ha mencionado que “la lesividad al medio ambiente o sus componentes no se expresa como destrucción o eliminación, sino como pérdida o peligro concreto de pérdida de su estabilidad funcional”⁷⁷. Este criterio debe entenderse como el conjunto de funciones físicas, biológicas y químicas que cumplen los ecosistemas, y que permiten la interrelación de sus componentes.

Conforme a ello, el perjuicio, alteración y daño se determinará sobre el criterio de funcionamiento de los ecosistemas. No obstante, este criterio debe ir de la mano con el criterio del estado anterior propuesto por Silva Sánchez, quien explica que se podrá determinar la afectación del bien jurídico cuando los sistemas naturales se encuentran en desequilibrio, el cual no debe ser entendido como la situación en que los sistemas naturales se encuentren inalterados⁷⁸. La

⁷⁷ García Caveró, Op.cit., p. 877.

⁷⁸ FOY VALENCIA, Pierre. *El derecho ambiental y las futuras generaciones*, Lima, Boletín de derecho Ambiental, Lima, PUCP, 2016, p. 15.

acción típica puede afectar (o ser apta para afectar) el equilibrio de un sistema natural, aunque con anterioridad a la realización del acto de contaminación dicho ecosistema hubiese sido objeto ya de intervenciones humanas que hubiesen supuesto un menoscabo para ellos. Este autor propone partir del estado del sistema natural anterior a la realización de la conducta respecto de la cual se trata de determinar su relevancia penal, es decir, para él, equilibrio equivale a estado anterior y el desequilibrio equivaldría a la alteración del estado anterior⁷⁹.

En este sentido, se advierte que si un ecosistema ya se encuentra afectado pero aun así proporciona sus funciones físicas, biológicas y químicas, y a su vez, garantiza la calidad ambiental para las personas que se sirven de ese ecosistema, se podrá determinar el perjuicio, alteración y daño con base en ese estado en el que se encuentra e imputar el delito de contaminación ambiental; así como se podrá archivar un caso si el estado anterior de un ecosistema es excesivamente deplorable, imposible de ser más contaminado, que ya no podría existir mayor lesión para ese bien jurídico, tal como se explica en el siguiente ejemplo:

Caso: Durante los años ochenta en la unidad minera X, las empresas A, B y C realizaron constantes derrames de relaves en la laguna Y, suceso que hizo que este cuerpo receptor se encuentre altamente contaminado. En el 2011, un equipo de evaluación de calidad del Minam determinó que la laguna Y ya no filtra sus aguas y que se encuentra altamente degradada, pues ya no soporta existencia de flora y fauna en ella. En el 2012, la empresa D se instaló en la unidad minera X a fin de desarrollar sus actividades; posteriormente, durante una supervisión por parte de la autoridad ambiental competente para verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales, se determinó que los efluentes líquidos minero-metalúrgicos de dicha empresa superan en un 100 % los límites máximos permisibles en el parámetro Cianuro, los cuales descargan directamente a la laguna Y.

En este supuesto, desde mi punto de vista, no existirá una lesión o puesta en peligro grave del bien jurídico “estabilidad del ecosistema”, por más que se hayan

79 Op.cit. p. 83.

excedido los límites máximos permisibles, toda vez que el componente ambiental agua (laguna Y) se encontraba altamente contaminado; por lo tanto, el estado anterior de ese ecosistema impide que se configure el tipo penal y se impute dicha conducta a la empresa D.

3.5. La gravedad de los ilícitos ambientales, según la calificación reglamentaria.

El tipo penal establecido en el art. 304 del CP dispone que la alteración, perjuicio y daño debe ser grave, y que el juez penal no será el que libremente decida si la afectación que la acción contaminante produce sobre el ambiente o sus componentes es grave o no, sino que lo determinará con base en la calificación reglamentaria realizada por la autoridad ambiental.

Con relación a ello, el art. 149 de la LGA dispone que en las investigaciones penales por los delitos ambientales será de exigencia obligatoria la emisión de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal.

Al respecto, es necesario mencionar que la calificación reglamentaria no debe relacionarse con este informe técnico fundamentado exigido por la LGA. El informe fundamentado solo contiene, entre otros aspectos formales, información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas o reportes presentados por los administrados involucrados en la investigación penal, es decir, describe cada circunstancia en cada caso concreto; por tanto, dicho informe no puede obtener la categoría de calificación reglamentaria, la cual se caracteriza por su aplicación general.

En términos de García Cavero: *“no solo un informe técnico no es una calificación reglamentaria, sino que una de sus particularidades es que carece de carácter vinculante, lo que no se condice con el tenor del tipo penal que vincula la decisión del juez a lo dispuesto reglamentariamente por la autoridad ambiental”*⁸⁰.

⁸⁰ GARCIA CAVERO, Op.cit., p.877.

En tal sentido, el juez deberá acudir a la reglamentación, ya sea específica o general, dada por la administración pública, en la que haya establecido que determinadas conductas ocasionan un perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental. Sin embargo, pese a ello, el juez previamente debe considerar algunos criterios de gravedad, como por ejemplo la probabilidad mayor o menor de lesión y la dimensión de la lesión previsible en función de la extensión del espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación o incidencia⁸¹.

Asimismo, entre los supuestos de perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental establecidos en la reglamentación administrativa tenemos el D. S. N.º 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, cuyo numeral 2 del art. 147 establece las infracciones graves relacionadas al inadecuado manejo de los residuos sólidos que pueda generar afectación a la salud pública y al ambiente; las diversas ordenanzas municipales que fijan las infracciones por contaminación acústica según los decibeles excedidos; la normativa por exceso de LMP en efluentes y emisiones; la normativa emitida por el OEFA referente a las actividades de su competencia (Resolución de Consejo Directivo N.º 035-2015-OEFA/CD, N.º 042-2015-OEFA/CD, N.º 043-2015-OEFA/CD), entre otras.

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

La necesidad del Estado peruano de suscribir un TLC con los Estados Unidos de Norteamérica, propicio 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.

Los países en vía de desarrollo como el Perú necesitan promover las exportaciones, la industria nacional, así como el nivel de intercambio comercial a un nivel significativo, como motor del desarrollo y despegue socioeconómico

⁸¹ Ibid, p. 84.

de la nación; generándose un terreno fecundo para a suscripción de TLC. Sin embargo, otra cosa es ceder soberanía en temas que solo le incumben a nuestro país, la decisión de penalizar o despenalizar una determinada conducta debe manifestar una decisión soberana del Parlamento, luego de las discusiones que ello amerite.

Entonces, han sido los compromisos contraídos con USA y no la discusión deliberante de los actos involucrados, los que han incidido en la reforma político criminal de los “delitos ambientales”, contrario a los principios que rigen un estado constitucional de derecho. Fue entonces, la presión internacional la que encaminó la protección jurídico-normativa. Dicha inferencia no da entender, de forma rayana, que la reforma penal haya sido en todos los casos equivocada⁸².

En resumidas cuentas, la sanción de la Ley N.º 29263 han implicado la incorporación de nueva figura delictivas, así como una mayor drasticidad de la escala pena, se apela como es conocido por el legislador a los fines preventivos-generales de la pena. Así, es el caso de los arts. 308-A, 308-B,308-C,308-D,310-A,310-B,310-C Y 314-B: una agravación sustancial de la reacción punitiva es de verse en el tipo penal contenido en el art. 310 del CP (delitos contra los bosques o formaciones boscosas).

Así también, se ha incorporado mecanismos estrictamente procesales conforme se desprende de los arts. 314-C y 314-D, de acuerdo con una técnica legislativa asistemática.

Si el legislador es de la postura que el derecho penal es la herramienta más eficaz para combatir los comportamientos sociales más di valiosos, se equivoca, pues la intimidación o disuasión que pretende calar en la *psique* de los individuos, para que estos se abstengan de cometer estas conductas, devalúa un índice devaluado de rendimiento, como es de observarse en las últimas reformas penales que, en algunos casos, supuso la sanción de la pena de cadena perpetua⁸³. Pues, vaya que los robos, secuestros y violaciones se siguen

⁸² ALFIE COHEN, Mirian. *Democracia deliberativa y gobernanza ambiental*, México, Sociología, 2013, p,26

⁸³ALDANA DURÁN, Martha Inés. *La fiscalización ambiental en el Perú: orígenes, estado actual, perspectivas futuras*, Lima, Derecho y sociedad, 2013, p 21.

cometido a gran escala en nuestro país; tampoco se puede decir que el derecho penal no despliegue ninguna función en este ámbito de la criminalidad, claro que lo tiene, pero dicha misión será en realidad débil, si es que no se aparejan a su vez políticas sociales (medios formales de control social), dirigidos a reducir ostensiblemente la tala de madera.

El tema se torna preocupante y relevante porque es la comunidad internacional quien hace hincapié sobre este asunto, convirtiéndose esta en una corriente mundial.

“Es a partir de la revolución industrial que los efectos de las acciones humanas adquieren magnitudes y características cuyos efectos se empiezan a notar y a preocupar por sus graves consecuencias. El tema ambiental es de naturaleza global y no está circunscrito a un particular territorio. Las emanaciones y vertimientos tóxicos en un país afectan el medio ambiente de los países vecinos hasta grandes áreas que abarcan continentes enteros”⁸⁴.

Haciendo referencia al Artículo 66° de la Constitución no se refiere al ambiente sino a los recursos naturales. Los Artículos 67°, 68° y 69° establecen normas declarativas que virtualmente se explican por sí mismas. El Artículo 67° señala que: "El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales"⁸⁵.

Obviamente el Estado determina esa política que es consustancial a sus fines y lo hace a través de las disposiciones legales y reglamentarias que hemos reseñado anteriormente, las cuales se cumplen y ejecutan por intermedio de organismos autónomos especializados tales como el Ministerio del Ambiente, antes OSINERGMIN, hoy día sustituida por OEFA, con la colaboración de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales⁸⁶.

El Artículo 68° de la Constitución dispone que El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. Sobre este punto cabe señalar que por Resolución Legislativa N°

⁸⁴ Ibid., p.25

⁸⁵ Op.cit., p.878

⁸⁶ DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo. *La noción jurídica de daño ambiental y una peculiar argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental*, Lima, Derecho y Sociedad, 2014, p.26.

26181 se aprobó el Convenio de Diversidad Biológica. Igualmente, por Resoluciones Legislativas N° 27824 y 27873 se aprobó el Protocolo de Kyoto de la Convención sobre el Cambio Climático y la Convención sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Deshechos y Otras Materias, respectivamente. Por último, el Artículo 69° señala que: El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonia con una legislación adecuada, materia que en rigor desborda la temática del presente trabajo⁸⁷.

La protección del medio ambiente ha evolucionado dentro del ordenamiento jurídico de muchos países, sin embargo, a pesar de ello se puede observar que en el Perú no ha evolucionado completamente.

En cuanto a los casos de afectación al ambiente, los cuales no se subsumen necesariamente en el tipo penal del art. 304 y a ello hago especial referencia ya que muchas veces por su impacto social se tornan en casos sensibles para cuya remediación se solicita una intervención penal, no obstante la normativa ambiental dispone alternativas que podrían obtener mayor efectividad en cuanto a ello se refiere, dentro de estos encontramos, por ejemplo, los que la Ley General del Ambiente considera como emergencia ambiental que están referidos a la ocurrencia de algún daño ambiental súbito y significativo ocasionado por causas naturales o tecnológicas.

El hecho que ocasiona el daño ambiental es súbito, es decir, inesperado, no planificado, entonces, al tener como punto de inicio esta particularidad en el suceso, ya no podríamos considerar el hecho como un delito de contaminación del ambiente aunque genere daño significativo al mismo, ya que no estamos hablando de una actividad permanente y tampoco de la infracción de normas que contienen las acciones descritas en el tipo penal, por ejemplo, podría ser el caso de los derrames, a mi parecer concepto técnico atribuido porque los mismos provienen de un hecho que puede calificar como emergencia y ante esta lo que se tiene que hacer de manera inmediata es activar el plan de contingencia que dé inicio a la remediación y recuperación del lugar que ha sido afectado y, en todo caso, el resarcimiento del daño ocasionado puede buscarse a través de lo

⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *Consideraciones jurídicas sobre los negocios ambientales*, Lima, Universidad de Lima, 2013, p. 38.

establecido en art. 142 y siguientes de la Ley General del Ambiente, referida tal normativa a la responsabilidad por daños ambientales, ya sea en la vía administrativa, civil o incluso, por qué no, en la arbitral. (Artículo 64 - Ley N° 28611)⁸⁸.

⁸⁸ PATRÓN GARCIA, Gemma. *Medio ambiente y fiscalidad*, Lima, PUCP, 2013, p. 103.

CONCLUSIONES

1. A lo largo de esta investigación se ha podido determinar que las conductas ilícitas en derecho ambiental influyen por la contaminación ambiental, para ello se tiene que tomar en cuenta el perjuicio, alteración y daño, lo cual se determina sobre el criterio de funcionamiento de los ecosistemas y el criterio del “estado anterior”.
2. Por otro lado, en relación al principio de mínima intervención debe ser aplicado en los delitos ambientales para poder establecer modalidades de tipo penal como norma administrativa respecto de los recursos indebidamente extraídos, lo cual permite que el proceso penal trascienda de manera social sin afectar el bien jurídico protegido.
3. Finalmente, se puede concluir que es necesario recurrir al principio de mínima intervención penal para declarar la atipicidad de ciertas conductas de poca trascendencia social en las diferentes modalidades del delito de contaminación del ambiente, teniendo en cuenta que el merecimiento de intervención penal, según la fragmentariedad, dará lugar a dos resultados. Primero, se podrá excluir del ámbito de lo punible, aquellas conductas que, incluso al afectar el bien jurídico protegido, no merecen ser castigadas con una sanción penal y, segundo, las conductas sujetas a incriminación pueden ser ordenadas en atención a su grado de merecimiento de pena, lo cual es esencial para adoptar la decisión final de si incriminar o no, o aplicar las exigencias del principio de proporcionalidad de las sanciones.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que el legislador, en el proceso de selección de los bienes jurídicos considere dignos y necesarios de tutela penal, para orientar por los valores mayoritariamente reconocidos en la comunidad y por el objetivo de atender los reclamos sociales más insistentes y justos. Así evitará dejarse influir por exigencias irracionales y emotivas advenidas de determinadas parcelas de la colectividad.
2. Se recomienda el cuidado de los ecosistemas, aun así estos se encuentren afectados en sus funciones físicas, biológicas y químicas, y a su vez, garantiza la calidad ambiental para las personas que se sirven de este, se podrá determinar el perjuicio, alteración y daño con base en ese estado en el que se encuentra e imputar el delito de contaminación ambiental; así como se podrá archivar un caso si el estado anterior de un ecosistema es excesivamente deplorable, imposible de ser más contaminado, que ya no podría existir mayor lesión para ese bien jurídico.
3. Se recomienda que el principio de fragmentariedad para los delitos ambientales, en virtud de ello, se cometerá el tipo penal cuando las conductas ilícitas ambientales sean aptas para producir un perjuicio, alteración o daño en la capacidad de regeneración del ecosistema, llegando a una protección por parte del Estado para así poder prevenir que se llegue a practicar alguna conducta ilícita ambiental irregular.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. ALASTUEY DOBON Carmen, *El delito de contaminación ambiental (art. 325.1 del Código Penal)*, Granada, Comares, 2004.
2. ALDANA DURÁN, Martha Inés. *La fiscalización ambiental en el Perú: orígenes, estado actual, perspectivas futuras*, Lima, Derecho y sociedad, 2013.
3. ALFIE COHEN, Mirian. *Democracia deliberativa y gobernanza ambiental*, México, Sociología, 2013.
4. ANDALUZ, Carlos. *Manual de derecho ambiental*, Lima, Iustitia, 2013.
5. AVANTO VASQUEZ, Manuel. *Acerca de la teoría de bienes jurídico*, en URQUIZO OLAECHEA, José (dir.) y SALAZAR SANCHEZ, Nelson (coord.), *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Lima, Idemsa, 2007.
6. AZERRAD, Cecilia. *Avances y retos del derecho ambiental*, Lima, Derecho PUCP, 2013.

7. BARRANTES, Roxana; GLAVE, Manuel. *Amazonia peruana y desarrollo económico*, Lima, IEP Grade, 2014.
8. BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho minero y concesión*. Quinta edición. Lima: Editorial San Marcos, 2013.
9. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Lima, Idemsa, 2012.
10. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍAS CANTIZANO. *Manual de derecho penal. Parte especial, 4.a ed.*, Lima, Editorial San Marcos. 2008.
11. BRAMONT ARIAS, Luis. *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*. Lima, Jurista Editores. 2014.
12. CANCIO MELIÁ, Manuel y CARO CORIA, Dino Carlos. *Estudios de Derecho Penal*. Lima, Palestra, 2010.
13. CARO CORIA Carlos, *El derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*, Lima, Gráfica Horizonte, 2009.
14. CASOLA PEREZUTTI, Gustavo, “Seguro, Responsabilidad Civil y Delitos Ambientales”, Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.
15. CHANAME ORBE, Raúl. *La Constitución Comentada (2Vol.)*. Lima: Ediciones Legales. 2015.
16. DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo. *La noción jurídica de daño ambiental y una peculiar argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental*, Lima, Derecho y Sociedad, 2014.
17. DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. *Derecho penal del medio ambiente*, España, Tirant lo Blanch, 2013.

18. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Buenos Aires, Argentina, Editorial. Palestra. 2014.
19. FOUCAULT, Michel. *Consideraciones jurídicas sobre los negocios ambientales*, Lima, Universidad de Lima, 2013.
20. FOY VALENCIA, Pierre. *El derecho ambiental y las futuras generaciones*, Lima, Boletín de derecho Ambiental, Lima, PUCP, 2016.
21. FRANCISKOVIC, Millitza. *El medio ambiente y su tutela jurisdiccional*, Lima, Griley, 2013.
22. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima: Jurista. 2014.
23. GARCIA, Josep María y SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico. Jurisprudencia actual y comentada*, Barcelona, Cedecs, 2000.
24. GÓMEZ APAC, Hugo. *El deber jurídico de la restauración ambiental*, en AA. VV, Lima, Organismo de Evaluación y Fiscalización ambiental, 2013.
25. HUERTAS, Luis. *Constitucionalización del derecho ambiental*, Lima, Derecho Pucp, 2013.
26. MACIAS GOMEZ, Luis Fernando. *Introducción al derecho ambiental*, Colombia, Editorial Legis, 2004.
27. MÁRQUEZ BUITRAGO, Mauricio. *La protección del ambiente y los límites del derecho penal*, Jurídicas, vol. 4, N° 1, Manizales, 2007.
28. MARROQUÍN CÓRDOVA, Ángela. *La necesidad de aplicación del principio de mínima intervención penal en el delito de extracción ilegal de especies acuáticas*. Lima: Ediciones Pacifico. 2017.
29. MATEO, Martin. *Manual de derecho ambiental*, España, Trívium, 2001.

30. MUIR PUIG, Santiago, *Derecho penal - Parte general*, 2 edición, 1 impresión puesta Aldia, Editores PPU, 2009.
31. NAVARRO, Guillermo Rafael, ASTURIAS, Miguel Ángel y LEO, Roberto, *Delitos contra la Salud y el Medio Ambiente*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2009.
32. ORELLANA BAUTISTA, Luz. *Derecho de acceso a la información pública ambiental, en el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*, Lima, OEFA, 2013.
33. PATRÓN GARCIA, Gemma. *Medio ambiente y fiscalidad*, Lima, PUCP, 2013.
34. PEÑA CABRERA, Alonso. *Los delitos ambientales*, en *Justicia & Democracia*. Revista de la Academia de la Magistratura, N° 11, Lima, 2013.
35. PRAT GARCÍA, Josep; SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico. Jurisprudencia actual y comentada*, Barcelona, Cedecs, 2000.
36. PRITTWITZ, Cornelius, “*El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites del derecho penal*”, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFUR (ed.) y AREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU (ed. española), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000.
37. REYNA, Luis. *La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites*, Lima, Unifr, 2015.
38. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2000.

39. SILVA SÁNCHEZ. *La fragmentariedad penal en el derecho comparado*. Primera edición, Buenos Aires, 2014.
40. SOLANO, Pedro. *Legislación y conceptos aplicables a las áreas naturales protegidas en el Perú*, Lima, Derecho PUCP, 2013.
41. SPDA- Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. *Acciones que han intentado debilitar al sector ambiental de nuestro país*, Lima, Actualidad Ambiental, 2014.
42. TORRES PORTILLA, Roció del Pilar. *El derecho de acceso a la información pública ambiental y el rol que desempeñan las entidades públicas con competencia en materia ambiental*, Lima, Derecho y asociación civil, 2014.
43. URQUIZO OLAECHEA, José (dir.) y SALAZAR SANCHEZ, Nelson (coord.), *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Lima, Idemsa, 2007.
44. VERA TORREJÓN, José; PAOLA CAICEDO, Saфра. *El impacto ambiental negativo y su evaluación antes, durante y después del desarrollo de actividades productivas*, Lima, Derecho & Sociedad, 2014.
45. WIELAND FERNANDINI, Patrick. *Introducción al derecho ambiental*, Lima, Fondo editorial, 2017.
46. ZABARBURU, Sharon. *El derecho de acceso a la información ambiental*, Lima, Derecho de acceso, 2015.
47. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro "Derecho Penal. Parte General", Segunda Edición, Buenos Aires, Ediar, 2002.

JURISPRUDENCIA:

1. STC del 19 de febrero de 2009 {Sentencia N°03343-2007-PA/TC}.
Diálogo con la Jurisprudencia, edición número 22, Lima. Gaceta Jurídica, 2010.

REVISTAS:

1. CARO CORIA, Dino Carlos. La estabilidad del ecosistema como bien jurídico - penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro, *THEMIS: Revista de Derecho*, ISSN 1810-9934, N.º 39, 1998.
2. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales”, en *Revista de derecho penal y criminología*, N° 11, Madrid, 2003.
3. VERA TORRES, José y CAICEDO SAFRA, Paola. “El impacto ambiental negativo y su evaluación antes, durante y después del desarrollo de actividades productivas”, *Revista Derecho & Sociedad*, N.º 42, Lima, 2014.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

1. ACTUALIDAD PENAL. *Código Penal Peruano 2017* [Ubicado el: 09. XI .2017], Obtenido en:
<http://actualidadpenal.com.pe/servicio/codigos/codigo-penal>.
2. BARRIOS VARGAS, Francisco. *Guía Jurídica de los Estudios de Impacto Ambiental de las Actividades Mineras*, 2008 Ubicado el:

09.XI.2017] Obtenido en:
<http://www.teleley.com/revistaperuana/15barrios-65.pdf>

3. BARTRA ABENSUR, Valentín. *LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES EN LA NUEVA CONSTITUCION DEL PERU*. p. 10, [Ubicado el: 09. XI .2017], Obtenido en:
http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/geologia/vol5_n10/proteccion.pdf,
4. CONGRESO DE LA REPUBLICA. *Ley 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental*, 2016 [ubicado el 09.XI 2017]. Obtenido en <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/10/Ley-y-reglamento-del-SEIA1.pdf>
5. EDICIONES LEGALES. Constitución Política Del Ecuador, 1998 [Ubicado 28 VI 2017] obtenido en: <http://www.pucesi.edu.ec/web/wp-content/uploads/2016/04/Constituci%C3%B3n-de-la-Republica-2008.pdf>.
6. HORACIO RAMÍREZ, Alejandro. “*Residuos peligrosos. Su evolución jurisprudencial*”, [ubicado el 24.VI.2017]. Obtenido en http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/16/06_residuos_peligrosos.htm
7. INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO USMP. *La Protección del Derecho al Medio Ambiente en el Estado Peruano*, 2015 [ubicado el 09.XI 2017]. Obtenido en http://www.usmp.edu.pe/IDHDES/pdf/derecho_medio_ambiente.pdf

8. MÁRQUEZ BUITRAGO, Mauricio. *La protección del ambiente y los límites del derecho penal, en Jurídicas*, vol. 4, N° 1 2007 [ubicado el 09.XI 2017]. Obtenido en [file:///C:/Users/Cristina/Downloads/DialnetlaProteccionDelAmbienteYLosLimitesDelDerechoPenal-2485602%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Cristina/Downloads/DialnetlaProteccionDelAmbienteYLosLimitesDelDerechoPenal-2485602%20(2).pdf).
9. MINISTERIO DE AMBIENTE. *Delitos Ambientales*, 2016 [ubicado el 24.VI.2017]. Obtenido en <http://www.minam.gob.pe/legislaciones/delitos-ambientales/>
10. MINISTERIO DE SALUD. *Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido Decreto Supremo N.º 085-2003-PCM 2003* [ubicado el 09.XI 2017]. Obtenido en http://www.digesa.minsa.gob.pe/norma_consulta/D.S.-085-2003-PCM-Reglamento-de-Est%C3%A1ndares-Nacionales-de-Calidad-Ambiental-para-Ruido.pdf.
11. MINISTERIO DEL AMBIENTE. *Decreto Supremo N° 040-2014-EM. - Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero*, 2014 [ubicado el 09.XI 2017]. Obtenido en <http://sinia.minam.gob.pe/normas/reglamento-proteccion-gestion-ambiental-las-actividades-explotacion>
12. MINISTERIO DEL AMBIENTE. *La protección penal del medio ambiente como manifestación de la política criminal en el Perú*, 2016 [Ubicado 28 VI 2017] obtenido en: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4818_la_proteccion_penal_del_medio_ambiente_como_manifestacion_1.pdf.

13. MINISTERIO DEL AMBIENTE. *Ley General del Ambiente - Ley N° 28611*, 2005 [ubicado el 09.XI 2017]. Obtenido en <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/06/ley-general-del-ambiente.pdf>
14. MORÁN HERRERA, Fernando “*Delitos y contravenciones penales ambientales*”, 2010 [ubicado el 24.VI.2017]. Obtenido en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=475&Itemid=106.
15. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Definición de contaminación 2015* [Ubicado el: 09. XI .2017], Obtenido en: <http://dle.rae.es/?id=ATrulkw>.
16. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales”, en Medio Ambiente & Derecho: *Revista electrónica de derecho ambiental*, N° 11, Sevilla, diciembre del 2004. [Ubicado 28 VI 2017] obtenido en bit.ly/2iVjWhV>.
17. RODRÍGUEZ CAMPOS, Eloísa “*Régimen penal de residuos peligrosos. Capítulo IX. Ley 24051*”, Escuela de Posgrado de Derecho Maestría y Especialización en Derecho Penal, Departamento de Investigaciones diciembre 2008, Universidad de Belgrano, Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina [ubicado el 24.VI.2017]. Obtenido en http://ub.edu.ar/investigaciones/tesis/42_rodriguez.pdf.
18. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Expediente N° 0048-2004-AI - f. j. N° 18* 2005 [ubicado el 09.XI 2017]. Obtenido en <http://www.justiciaviva.org.pe/jurispu/regaliasmineras.htm>.
19. TURMERO ASTROS, Iván. *Sistema de gestión ambiental (SGA), ISO 14000 y 14001.*, [Ubicado el: 09. XI .2017], Obtenido en

<http://www.monografias.com/trabajos97/sistema-gestion-ambiental-sga-iso-14000-y-14001/sistema-gestion-ambiental-sga-iso-14000-y-14001.shtml>.

ANEXOS

FÒRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE PROPONE INCORPORAR EL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD EN EL ART. 304 DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 1. Objeto de ley

La presente iniciativa legislativa tiene como objeto incorporar el principio de fragmentariedad en el art. 304 del Código Penal, con el fin de salvaguardar el medio ambiente teniendo en cuenta los altos índices de incidencia ambientales

Artículo 304. Contaminación del ambiente

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 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.

INCORPORACIÓN:

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 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.

Frente a las conductas ilícitas ambientales propuestas se aplicará el principio de fragmentariedad en relación al perjuicio, alteración, daño, que se causa al bien jurídico ambiental.

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. Exposición de Motivos:

El presente proyecto buscar incorporar el principio de fragmentariedad en el código penal peruano en relación a los delitos ambientales, por el perjuicio, alteración, daño que se cause al bien.

El tipo penal establecido en el art. 304 del CP dispone que la alteración, perjuicio y daño debe ser grave, y que el juez penal no será el que libremente decida si la afectación que la acción contaminante produce sobre el ambiente o sus componentes es grave o no, sino que lo determinará con base en la calificación reglamentaria realizada por la autoridad ambiental.

En donde se tiene que tener en cuenta que estamos ante un bien jurídico de carácter colectivo, donde el criterio empleado para afirmar el “merecimiento de pena” es el de “dañosidad social”. Este criterio se considera también para los bienes jurídicos individuales, lo que varía es que, en los bienes jurídicos supraindividuales, el efecto social de la conducta pasa a primer plano y, en segundo plano, los medios empleados que puedan ser reprochables.

Por otro lado, se tiene que, en relación a ello, el art. 149 de la LGA dispone que en las investigaciones penales por los delitos ambientales será de exigencia obligatoria la emisión de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal.

En tal sentido, el merecimiento de intervención penal, según la fragmentariedad, dará lugar a dos resultados. Primero, se podrá excluir del ámbito de lo punible, aquellas conductas que, incluso al afectar el bien jurídico protegido, no merecen ser castigadas con una sanción penal y, segundo, las conductas sujetas a incriminación pueden ser ordenadas en atención a su grado de merecimiento de pena, lo cual es esencial para adoptar la decisión final de si incriminar o no, o aplicar las exigencias del principio de proporcionalidad de las sanciones

Efectos De La Vigencia De La Norma:

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, actualiza y realiza precisiones que son necesarias ser tomadas en cuenta en el código penal, para su mejor aplicación e interpretación con respecto a los delitos ambientales.

Análisis Costo Beneficio:

La presente propuesta no genera gasto para el Estado, por el contrario, busca garantizar una mejor aplicación del principio de fragmentariedad en los delitos ambientales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0048-2004-PI/TC

SENTENCIA
DEL PLENO DEL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

José Miguel Morales Dasso, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) contra el Congreso de la República (demandado)

Resolución del 1 de abril de 2005

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1^o, 2^o, 3^o, 4^o y 5^o de la Ley N.º 28258 —Ley de Regalía Miner sus modificatorias y las demás normas que or conexio sean materia de la causa.

Magistrados presentes:

ALVA ORLAND
BARDELLI LARTI
GONZALES OJE
GARCÍA TOMA
VERGARA GOT LI
LANDA ARROYO



EXP.N. 00048-2004-PI/TC
LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 1 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, presidente; Bardelli Lartirigoyen, vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), contra los artículos 2^o, 3^o, 4^o y 5^o de la Ley N. 28258 —Ley de Regalía Minera—, de fecha 23 de junio de 2004, sus modificatorias y las demás normas que por conexión sean materia de la causa, por considerar que contiene vicios de inconstitucionalidad por la forma y el fondo.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso:	Proceso de Inconstitucionalidad.
Demandante:	José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos.
Norma sometida a control:	Ley N. 28258 —Ley de Regalía Minera—, publicada el 23 de junio de 2004.
Bienes demandados :	Artículo 66 ^o que establece una reserva de ley orgánica para fijar las condiciones de la utilización y el otorgamiento a particulares de los recursos naturales; inciso 16 del artículo 2 ^o y artículo 70 ^o , que reconocen el derecho de propiedad; inciso 14 del artículo 2 ^o y artículo 62 ^o , que reconocen el derecho a la libertad contractual; inciso 2 del artículo 2 ^o , que reconoce el derecho a la igualdad; y el artículo 103 ^o , que recoge el principio de retroactividad de las leyes.

HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad de autos.
2. Exhortar al Congreso para que: a) establezca los mecanismos legales pertinentes, a fin de garantizar que la recaudación de la regalía minera cumpla los objetivos de los artículos 8^o y 9^o de la Ley de Regalía Minera, Ley N. 28258; b) diseñe y establezca mecanismos de control, información y transparencia para que la sociedad civil pueda efectuar el seguimiento del manejo y buen destino de estos recursos; c) integre en la distribución de los montos recaudados, dispuesta por el artículo 4^o de la Ley de Regalía Minera, N. 28258, a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
3. Exhortar a la Contraloría General de la República para que, en las acciones de control que se programen a los gobiernos locales y regionales, fiscalice el adecuado uso de estos recursos, bajo responsabilidad. Publíquese y notifíquese



Resolución de Consejo Directivo
N°042-2015-OEFA/CD

Lima, 07 OCT.2015

VISTOS:

El Informe N° 399-2015-OEFA/OAJ elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica, el Informe N° 160-2015-OEFA/DS elaborado por la Dirección de Supervisión y el Informe N° 030-2015-OEFA/DFSAI elaborado por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante el Numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización en materia ambiental;

Que, a través de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, se otorga al OEFA la calidad de Ente Rector del citado sistema, el cual tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables por parte de los administrados, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental —a cargo de las diversas entidades del Estado— se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente;

Que, de acuerdo a lo previsto en el Literal a) del Numeral 11.2 del Artículo 11° de la Ley N° 29325, modificado por la Ley N° 30011, la función normativa del OEFA comprende la facultad de dictar, en el ámbito y materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA) y otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo, así como aquellas necesarias para el ejercicio de la función de supervisión de Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), las que son de obligatorio cumplimiento para dichas entidades en los tres niveles de gobierno;

Que, el dispositivo legal antes mencionado reconoce, además, la facultad del OEFA para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondiente, así como los criterios de graduación de éstas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas;

Que, el Artículo 17° de la Ley N° 29325, también modificado por la Ley N° 30011, precisa los criterios que deben tenerse en cuenta para tipificar las conductas infractoras y señala que dicha función debe realizarse mediante Resolución de Consejo Directivo del OEFA;

Que, asimismo, el Artículo 19° de la Ley antes mencionada, establece que las infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves; y su determinación debe

fundamentarse en la afectación a la salud o al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos y en otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente;

Que, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2015-OEFA/CD, publicada el 17 de julio de 2015, se dispuso la publicación del proyecto de Resolución de Consejo Directivo que aprobaría la "Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones aplicable a las Actividades de Exploración Minera", en el Portal Institucional de la Entidad, con la finalidad de recibir los comentarios, sugerencias y observaciones de la ciudadanía, en general, por un periodo de diez (10) días hábiles, contado a partir de la publicación de la citada Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 39° del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2009MINAM;

Que, habiéndose recabado comentarios, sugerencias y observaciones de los interesados, corresponde aprobar el texto definitivo de la Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones aplicable a las Actividades de Exploración Minera;

Que, tras la absolución y análisis de los aportes recibidos durante el período de publicación de la propuesta normativa, mediante Acuerdo N° 045-2015 adoptado en la Sesión Ordinaria N° 032-2015 del 7 de octubre del 2015, el Consejo Directivo del OEFA decidió aprobar la "Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones aplicable a las Actividades de Exploración Minera", por lo que resulta necesario formalizar este acuerdo mediante la Resolución de Consejo Directivo;

Con el visado de la Secretaría General, la Oficina de Asesoría Jurídica, la Dirección de Supervisión y la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29325 y, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Literal n) del Artículo 8° y Literal n) del Artículo 15° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Objeto y finalidad

- 1.1 La presente norma tiene por objeto tipificar las infracciones administrativas y establecer la escala de sanciones aplicable a las actividades de Exploración Minera desarrolladas por los administrados del Sector Minería que se encuentran bajo el ámbito de competencia del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA
- 1.2 Lo dispuesto en la presente norma tiene por finalidad garantizar la aplicación efectiva de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, gradualidad y no confiscatoriedad.

Artículo 2°.- Naturaleza de las infracciones

Las conductas infractoras tipificadas mediante la presente norma en leves, graves o muy graves son de carácter sectorial, de conformidad con lo establecido en el Numeral 3.5 del Artículo 3° de las "Reglas generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA", aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013OEFA/CD.

Artículo 3°.- Definiciones

Para efectos de la presente norma, se emplean las siguientes definiciones:

- a) Bien jurídico protegido: Los componentes bióticos del ambiente (flora y fauna) y la vida y salud de las personas, cuya existencia está condicionada a la interrelación equilibrada de los componentes abióticos, bióticos y los ecosistemas.
- b) Daño potencial: La puesta en peligro, el riesgo o amenaza de daño real al bien jurídico protegido.

- c) Daño real: La lesión, detrimento, pérdida, impacto negativo, perjuicio, menoscabo, alteración, afectación o daño concreto al bien jurídico protegido.

Artículo 4^o.-

Infracciones administrativas referidas a las obligaciones generales de los titulares de la actividad minera. Constituyen infracciones administrativas referidas a las obligaciones generales de los titulares de la actividad minera:

- d) No adoptar medidas para prevenir, controlar, monitorear, mitigar, restaurar, rehabilitar o reparar, según corresponda, los impactos y efectos negativos generados por las actividades de exploración. Esta conducta se puede configurar mediante los siguientes subtipos infractores:

Si la conducta genera daño potencial a la flora o fauna, será calificada como grave y sancionada con una multa de quince (15) hasta mil quinientas (1 500) Unidades Impositivas Tributarias.

Si la conducta genera daño potencial a la salud o vida humana, será calificada como grave y sancionada con una multa de veinticinco (25) hasta dos mil quinientas (2 500) Unidades Impositivas Tributarias.

- (ii) Si la conducta genera daño real a la flora o fauna, será calificada como muy grave y sancionada con una multa de treinta y cinco (35) hasta tres mil quinientas (3 500) Unidades Impositivas Tributarias.
- (iii) Si la conducta genera daño real a la salud o vida humana, será calificada como muy grave y sancionada con una multa de cuarenta y cinco (45) hasta cuatro mil quinientas (4 500) Unidades Impositivas Tributarias.
- (iv) Variar la ubicación de las plataformas a una distancia mayor de cincuenta (50) metros lineales sin la aprobación de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM) del Ministerio de Energía y Minas. Esta conducta se puede configurar mediante los siguientes subtipos infractores:
 - o Si la conducta genera daño potencial a la flora o fauna, será calificada como leve y sancionada con una multa de cinco (5) hasta quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.
 - o Si la conducta genera daño potencial a la salud o vida humana, será calificada como leve y sancionada con una multa de diez (10) hasta mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias.
 - o Si la conducta genera daño real a la flora o fauna, será calificada como grave y sancionada con una multa de veinte (20) hasta dos mil (2 000) Unidades Impositivas Tributarias.
 - o Si la conducta genera daño real a la salud o vida humana, será calificada como grave y sancionada con una multa de treinta (30) hasta tres mil (3 000) Unidades Impositivas Tributarias.

- e) Procesar minerales en una planta piloto para comercializarlos. Esta conducta será considerada como una infracción grave y sancionada con una multa de cinco (5) hasta quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.

- f) No comunicar al OEFA la extensión del plazo en la ejecución de las actividades, en caso este no sea mayor a tres (3) meses o no contar con la aprobación del nuevo cronograma, si el plazo fuera mayor. Esta conducta será considerada como una infracción leve y sancionada con una amonestación o una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias.

- g) No comunicar el inicio o reinicio de actividades de exploración. Esta conducta será considerada como una infracción leve y sancionada con una amonestación o una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias.

Artículo 5^o.- Infracción administrativa vinculada a ecosistemas frágiles

Constituye infracción administrativa realizar actividades de exploración atravesando bofedales o humedales con caminos de acceso o; colocar materiales, residuos o cualquier otra materia o sustancia sobre estos. Esta conducta se puede configurar mediante los siguientes subtipos infractores:

- h) Si la conducta genera daño potencial a la flora o fauna, será calificada como grave y sancionada con una multa de quince (15) hasta mil quinientas (1 500) Unidades Impositivas Tributarias.

- i) Si la conducta genera daño potencial a la salud o vida humana, será calificada como grave y sancionada con una multa de veinticinco (25) hasta dos mil quinientas (2 500) Unidades Impositivas Tributarias.
- j) Si la conducta genera daño real a la flora o fauna, será calificada como muy grave y sancionada con una multa de treinta y cinco (35) hasta tres mil quinientas (3 500) Unidades Impositivas Tributarias.
- k) Si la conducta genera daño real a la salud o vida humana, será calificada como muy grave y sancionada con una multa de cuarenta y cinco (45) hasta cuatro mil quinientas (4 500) Unidades Impositivas Tributarias.

Artículo 6°. - Infracción administrativa referida a perforaciones obturadas

Constituye infracción administrativa no obturar inmediatamente las perforaciones, en caso los sondajes intersecten cuerpos de agua subterránea o aguas artesianas. Esta conducta se puede configurar mediante los siguientes subtipos infractores:

- l) Si la conducta genera daño potencial a la flora o fauna, será calificada como grave y sancionada con una multa de quince (15) hasta mil quinientas (1 500) Unidades Impositivas Tributarias.
- m) Si la conducta genera daño potencial a la salud o vida humana, será calificada como grave y sancionada con una multa de veinticinco (25) hasta dos mil quinientas (2 500) Unidades Impositivas Tributarias.
- n) Si la conducta genera daño real a la flora o fauna, será calificada como muy grave y sancionada con una multa de treinta y cinco (35) hasta tres mil quinientas (3 500) Unidades Impositivas Tributarias.
- o) Si la conducta genera daño real a la salud o vida humana, será calificada como muy grave y sancionada con una multa de cuarenta y cinco (45) hasta cuatro mil quinientas (4 500) Unidades Impositivas Tributarias.

Artículo 7°. - Infracción administrativa referida al cumplimiento de la normativa y disposiciones en materia ambiental

Constituye infracción administrativa no cumplir con las disposiciones contempladas en la normativa ambiental, aquellas que emita el OEFA u otras entidades y que sean aplicables al Sector Minería. Esta conducta se puede configurar mediante los siguientes subtipos infractores:

- a) Si la conducta genera daño potencial a la flora o fauna, será calificada como leve y sancionada con una multa de cinco (5) hasta quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.
- b) Si la conducta genera daño potencial a la salud o vida humana, será calificada como leve y sancionada con una multa de diez (10) hasta mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias.
- c) Si la conducta genera daño real a la flora o fauna, será calificada como grave y sancionada con una multa de veinte (20) hasta dos mil (2 000) Unidades Impositivas Tributarias.
- d) Si la conducta genera daño real a la salud o vida humana, será calificada como grave y sancionada con una multa de treinta (30) hasta tres mil (3 000) Unidades Impositivas Tributarias.

Artículo 8°. - Sobre el régimen aplicable en el procedimiento administrativo sancionador

El Artículo 19^o de la Ley N^o 30230 - "Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país" se aplica al procedimiento administrativo sancionador referido a las actividades de Exploración Minera.

Artículo 9^o. - Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones

Aprobar el "Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones aplicable a las Actividades de Exploración Minera", el cual compila las disposiciones previstas en los Artículos 4^o, 5^o, 6^o y 7^o precedentes y que, como Anexo, forma parte integrante de la presente Resolución.

Artículo 10^o. - Graduación de las multas

Para determinar las multas a aplicar en los rangos establecidos en los Artículos 4^o 5^o 6^o y 7^o de la presente Resolución, se aplicará la "Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones", aprobada por el Artículo 1^o de la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N^o 035-2013-OEFA/PCD o la norma que la sustituya.

Con relación a lo establecido en el Numeral 10.1 precedente, no se tomarán en cuenta, como factores agravantes, los componentes ambientales abióticos (agua, suelo y aire) previstos en el Numeral 1.1 del ítem f. 1 de la Tabla de Valores N^o 2 que expresa la mencionada metodología y que consta en el Anexo II de la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N^o 035-2013-OEFA/PCD.

EXP. N. ° 03343-2007-PA/TC
LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de febrero de 2009, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Alvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

1. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jaime Hans Bustamante Johnson contra la resolución de la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 926, su fecha 10 de mayo de 2007, que declara infundada la demanda de autos.

Con fecha 13 de octubre de 2006, el recurrente interpone demanda de amparo contra las empresas Occidental petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LC Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, S cursal del Perú (en adelante REPSOL) y Petrobras Energía Perú S.A. (en adelante TROBRAS), por considerar que se amenazan sus derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado desarrollo de su vida; a la vida, el libre desarrollo y el bienestar; a la protección' de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa; a exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas; alimentación; y al gua. Solicitan que se repongan las cosas al momento en que se inició la amenaza de violación de dichos derechos y se suspenda la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida "Cordillera Escalera".

Alega que en el Lote 103 (área a explorar y explotar) se encuentra el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, establecida mediante Decreto Supremo N.º 045-2005-AG. Dicha área tiene especial importancia por su biodiversidad y como fuente captadora y almacenadora de agua ya que ahí nacen las tres cuencas hidrográficas (Cumbaza, Caynarachi y Shanusi) que son la única fuente proveedora de agua con la que cuenta la población de zonas aledañas. Manifiesta que la explotación petrolera implica que millones de litros de agua de producción petrolera con alta salinidad serán extraídos del subsuelo y aflorarán a la superficie contaminando y devastando el medio ambiente (principalmente el agua), pues dichas aguas saladas suelen ser vertidas a los cauces de los ríos. Además, indica que la exploración se está realizando incumpliendo lo previsto en el artículo 27 de la Ley N. ° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, el que establece que el aprovechamiento de los recursos naturales en áreas naturales protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro.

EXP. N.O 03343-2007-PA/TC

LIMA

JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la demanda. En consecuencia, queda prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. En caso de que ya se encuentre en ejecución la última fase de la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas.