



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LAS REMISIONES A LA NORMATIVA
ADMINISTRATIVA EN EL DELITO DE
CONTAMINACIÓN AMBIENTAL.
ARTÍCULO 304° CÓDIGO PENAL
PERUANO

Kevin Silva-Carrillo

Piura, junio de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Silva, K. (2015). *Las remisiones a la normativa administrativa en el delito de contaminación ambiental. Artículo 304° Código Penal Peruano* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

KEVIN ANDRÉ SILVA CARRILLO

**LAS REMISIONES A LA NORMATIVA ADMINISTRATIVA
EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL.
ARTÍCULO 304° CÓDIGO PENAL PERUANO**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado

2015

A Dios y a mis padres con mucho agradecimiento

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.-EL DERECHO PENAL MODERNO	5
A. La sociedad actual	6
1. La sociedad de riesgo	7
2. El Derecho penal moderno	9
3. El Derecho Penal Ilustrado vs Derecho Penal Moderno	12
B. Toma de postura	18
CAPÍTULO II. EL DERECHO PENAL AMBIENTAL Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO	21

A. La protección normativa del medio ambiente.....	22
B. Protección Penal del Medio Ambiente	25
1. Una breve toma de postura	28
C .Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Una perspectiva ambiental	30
2. El Derecho penal independiente del derecho administrativo.....	34
3. El Derecho penal relativamente dependiente del derecho administrativo	36
4. Toma de postura	38
D. Modalidades de relación entre el derecho penal y el derecho administrativo. Perspectiva ambiental	39
1. Accesoriedad de concepto administrativo (Begriffliche Akzessorietät)	40
2. Accesoriedad de leyes o derecho administrativo (Verwaltungsrechtsakzessorietät)	43
3. Accesoriedad de acto administrativo (Verwaltungsaktakzessorietät) ...	44
CAPÍTULO III. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO	47
A. Un análisis general del delito de contaminación ambiental.....	48
1. El bien jurídico	51
2. La conducta típica.....	52
B. Análisis de la compatibilidad de la remisión normativa del delito de contaminación ambiental con el principio de legalidad	55
1. Las leyes penales en blanco. Una aproximación conceptual	55
2. El principio de legalidad en sede constitucional y penal. Una visión general	60

3. El mandato de certeza y las leyes penales en blanco.....	63
C. Toma de postura	67
CAPÍTULO IV. NORMATIVA DE REMISIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO	69
A. Estructura	70
B. Niveles de prohibición normativa.....	72
1. Primer Nivel	74
a. Leyes	74
b. Reglamentos	84
c. Límites máximos permisibles	107
d. El medio ambiente y sus componentes.....	110
2. Segundo nivel.....	111
a. La calidad ambiental.....	111
b. La salud ambiental	116
c. La calificación reglamentaria de la autoridad ambiental	118
CONCLUSIONES	123
BIBLIOGRAFÍA	125

INTRODUCCIÓN

En el estado actual, una era de avances industriales y tecnológicos, acompañados de una economía emergente, aparece junto a estos un elemento inevitable: las externalidades, las que en la mayoría de los casos, toman la forma de contaminación del medio ambiente. Como respuesta a este problema, los estados modernos, en uso de su *ius puniendi*, han previsto instrumentos jurídicos (normativa penal y normativa administrativa, por traerlos en mención) que ayuden a prevenir dichas externalidades, de no ser posible, reprimir a sus responsables.

En este proceso han aparecido un sin número de dificultades relacionadas con su aplicación, puesto que tanto los jueces como los fiscales peruanos no pueden perseguir de forma exitosa las conductas contaminantes y llegar así a sancionarlos. Varias son las razones de esta situación deficitaria, entre las que cabe resaltar el desconocimiento de los

conceptos de remisión administrativa, los tipos de remisión. Y, lo más esencial, el desconocimiento de los criterios normativos a la hora de aplicar el delito de contaminación ambiental del Art. 304° del Código Penal Peruano.

Al respecto, el presente trabajo pretende abarcar cuestiones relacionadas con el Delito de Contaminación Ambiental (Artículo 304° del Código Penal Peruano) dada su tan compleja interpretación por la estructura que presenta, como por los requisitos que necesita. Esto supone llevar a cabo un estudio elaborado y pormenorizado del mismo.

Pues bien, a modo de introducir el presente trabajo, en el **Capítulo I** se desarrollará una aproximación acerca la sociedad actual (una sociedad industrializada) y la configuración del Derecho Penal moderno, en tanto son resultado de nuevas fuentes de riesgo que el hombre ha creado para poder satisfacer sus necesidades, así como también los límites de riesgo a la cual se encuentra sometida su regulación.

En el **Capítulo II** se pasará a mencionar, de forma sintetizada los principales aspectos existentes en las relaciones del Derecho Penal y el Derecho Administrativo. De ese modo se analizará las formas que se usan para la protección normativa del medio ambiente, y se hará un breve análisis de su protección en sede penal para describir los instrumentos utilizados para proteger el medio ambiente. En ese camino se pondrá de manifiesto la viabilidad del uso de esta coordinación entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo para proteger bienes jurídicos complejos como el medio ambiente.

Siguiendo con la estructura de este estudio el **Capítulo III** analizará el delito de contaminación ambiental contenido en el Artículo 304° del Código Penal Peruano, abarcando especialmente la compatibilidad de las remisiones a la normativa administrativa por el tipo penal, con el principio de legalidad. De ese modo, se podrá recoger algunas consideraciones de su posible armonía y de las ventajas que ofrece esta postura. Posteriormente en el **Capítulo IV** se detallará brevemente la estructura normativa del delito de contaminación ambiental peruano, examinando sus niveles de remisión normativa. Entre

los mismos, se podrá definir cada elemento integrante de los niveles de remisión y su acogida legislativa presente en nuestro ordenamiento.

Es necesario señalar que para la realización de este estudio se ha consultado material bibliográfico de tipo doctrinario, científico, jurisprudencial y legislativo. Se ha tomado en consideración la doctrina nacional y la doctrina extranjera, entre estas últimas se han tomado en cuenta –en la mayoría de los casos- trabajos de profesores españoles y alemanes. Y a nivel jurisprudencial, de manera muy escasa, se han recogido ciertas resoluciones que comparten el sentido de este trabajo.

CAPÍTULO I.-EL DERECHO PENAL MODERNO

Las palabras usadas comúnmente de *Moderno* y *Modernidad*¹ constituyen términos con cuya mención, solo se remite a materiales históricos constituidos por una multitud de objetos, acontecimientos, entre otros. En todo caso, *moderno* no puede entenderse lo meramente actual porque así cada día se realizaría una nueva y distinta modernidad².

¹ En los discursos de las diferentes ciencias del espíritu, las palabras moderno y modernidad –especialmente- la última parecen remitir a contenidos más precisos que los que denota el uso cotidiano del lenguaje, noción utilizada en GRACIA MARTIN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. p. 42.

² *Vid.* GRACIA MARTIN, L., “La modernización del Derecho Penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 3, 2010, pp. 28 y ss. El citado autor cita la definición del Profesor IGNACIO SOTELO en ELÍAS

Entonces para entender que significa moderno, debemos delimitar su contenido opuesto. -¿Qué no es moderno?- La respuesta entre muchas, la ha realizado del Profesor IGNACIO SOTELO que, aunque un poco vaga y breve, nos puede dar luz a esta idea: “*Lo moderno evoca ruptura del pasado, implica una conciencia de una ruptura en la continuidad histórica: lo que fue ya no es; se viven tiempos nuevos. La modernidad vendría a ser la ruptura con el mundo feudal*”³. A la citada definición, se le podría añadir el carácter dinámico de la modernidad, caracterizada por sus constantes cambios de diversa índole, tales como industriales, tecnológicos, políticos, y sociales. Por ello existe una necesidad por establecer un orden y por consiguiente, implementar mecanismos de regulación.

En ese sentido, sin pretender hacer una alusión a los problemas que conlleva la modernidad, podría decirse que esta llamada ruptura del pasado es un gran obstáculo para quienes pretenden conservar modelos de organización social antiguos o desfasados. Por ello, en el presente capítulo haremos una breve descripción de la modernidad, así como citaremos las principales posturas sobre nuevas formas de regulación que han ido apareciendo, en especial, las referidas al Derecho penal.

A. La sociedad actual

Para hacer una descripción de la sociedad actual, resulta inevitable hacer mención a un conjunto de factores que nos informan acerca de su constitución, riesgos y elementos que la comprenden, pero para no abundar más, sólo haremos alusión a tres elementos de ella. A saber: la Sociedad de riesgo, el Derecho penal moderno y la controversia suscitada

DÍAZ/RUIZ MIGUEL, *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 26 y ss., la cual, en mi consideración, se ajusta muy bien al propósito del presente estudio, en tanto, hace especial alusión a la cuestión espacio temporal que nos permitirá ubicarnos y así comprender con detenimiento la aparición de este fenómeno.

³ GRACIA MARTIN, L., *Prolegómenos para la...*, cit. p.45.

del derecho penal moderno, en contra, del antiguo derecho penal de corte liberal, o llamado por ciertos autores, el derecho penal clásico.

1. La sociedad de riesgo

Sobre la sociedad de riesgo se han dado ya, diversas concepciones por parte de la doctrina penal autorizada⁴. El punto de partida es, sin duda, el planteamiento del sociólogo alemán BECK, quien señala que la etapa actual del industrialismo se puede caracterizar como sociedad de riesgo, una sociedad que no está asegurada ni puede estarlo porque los peligros que acechan son incuantificables, incontrolables, indeterminables e inatribuibles. Al hundirse los fundamentos sociales del cálculo de riesgos y dado que, los sistemas de seguro y previsión son inoperantes ante los peligros del presente, se produce una situación de irresponsabilidad organizada⁵.

A lo anterior, se puede añadir que, la llamada sociedad de riesgo está caracterizada por un marco económico rápidamente cambiante y, por la aparición de avances tecnológicos en la etapa actual. Sin omitir, desde luego, que este desarrollo acelerado también ha tenido consecuencias positivas y beneficiosas han logrado mejorar las condiciones de bienestar de los hombres⁶. La sociedad actual también es una de información, puesto que, funciona y se estructura sobre conocimientos especializados de información. Por ello, quien conoce más y, está expuesto a riesgos de

⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 2da ed., Euros Editores, Buenos Aires, , 2006, p. 269; MONTIEL FERNÁNDEZ, J. “Pericias políticas criminales de la Expansión del Derecho Penal”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, n° 17, 2006, p. 136; SILVA SÁNCHEZ, J., “Protección Penal del Medio Ambiente. Texto y Contexto del Artículo 325”, en *Revista La Ley*, n°3, 1997, p. 1714; PAREDES CASTAÑÓN, J., “Sobre el concepto del Derecho Penal del riesgo: algunas notas”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, n° 4, 2003, p. 111; HERZOG, F., “Límites al control penal de los riesgos sociales”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n° 46, 1993, p. 317.

⁵ Vid. BECK, U., *Políticas ecológicas en la edad de riesgo: antídotos. La irresponsabilidad organizada*, El Roure, Barcelona, 1998, p. 280.

⁶ En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión...*, cit. p. 13.

cualquier tipo, menos tolerante al riesgo es. Y, como consecuencia lógica, mientras menos conocimiento se tenga, más tolerante al riesgo se es.

En esa descripción, podemos poner de relieve la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural, además de la inseguridad que acompaña una creciente interdependencia de los bienes jurídicos de los individuos. Como resultado de la misma, es que continúan apareciendo novedosos tipos de delincuencia, lo que ocasiona que, la protección de los bienes jurídicos tradicionales se torne obsoleta. Y frente a ello, el legislador ha optado por fusionar los intereses de bienes jurídicos individuales, originando los llamados bienes colectivos o supraindividuales; los cuales tienden a la satisfacción de necesidades de carácter social económico y, se encuentran estrechamente vinculados a la participación de todos los miembros de la comunidad⁷.

Consideramos que la idea de riesgo, ya no juega solo un papel relevante a la hora de construir esquemas teóricos que, expliquen bajo qué condiciones se puede atribuir una conducta como obra material de una persona, sino también a la hora de convertirse en un papel prioritario en el plano político, legislativo y jurisprudencial. Es cuando en ese escenario aparece una nueva clase social: estamos hablando de las clases pasivas (*pensionistas, consumidores, perceptores de prestaciones, entre otros.*) como producto del consumo masivo y de la producción a gran escala de bienes y servicios. Y, por otro lado, la aparición de los riesgos permitidos necesarios para la convivencia actual, nuevas formas de criminalidad organizada y nuevas formas de imputación jurídico penal necesarias para su persecución⁸.

Todo lo anterior sobre la llamada sociedad de riesgo y los aspectos que la comprenden, hacen más tediosa la tarea de encontrar nuevos responsables, quienes se pueden presentar en complejas estructuras

⁷ En el mismo sentido, BOGADO M. Y FERRARI, D., Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético. [en línea] *Revista del Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*. Buenos Aires. 2009, p. 2. <http://ciidpe.com.ar/area1/Delitos%20de%20aptitud.Ferrari.pdf> [Consulta 14-02-2014]

⁸ En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del...*, cit. p. 14.

empresariales y, otros modelos de organización. En tanto, los delincuentes gozan, actualmente, de conocimientos especializados, asesoramientos en términos de regulación y, buscarán nuevas formas de actuación para lograr su impunidad en el desarrollo de sus actividades económicas. Ante ello, la urgente respuesta del Derecho penal debe adaptarse a este nuevo contexto social, sino quiere verse limitado a una función meramente simbólica.

2. El Derecho penal moderno

Como respuesta al conjunto de fenómenos antes descritos, corresponde a la esencia del Derecho, entendido como el orden próspero de la convivencia humana, proteger la conservación de las bases de subsistencia de la humanidad con los medios más enérgicos que él posee, es decir los del derecho penal⁹. Un derecho penal moderno, llamado así frente a un derecho penal de la ilustración o de los nacientes Estados modernos. El cual, ya no es más el derecho penal producto de la Ilustración y sus ideas de la monarquía absolutista. Ahora, más bien, se distingue del derecho penal ilustrado, no solo por extenderse a nuevos y distintos ámbitos o formas de los tradicionales, sino también –y con mayor razón- porque supone una ruptura o separación de los principios y aspectos que servían de base fundamental en el derecho penal de la Ilustración¹⁰.

Nos referimos a un derecho penal propio de las sociedades modernas y suele equipararse a un derecho penal expansivo: expresión que se ha convertido en un tópico usado por los teóricos del derecho. Con esta alusión al término expansivo, se pretende dejar en claro que desde el punto de vista político criminal no vivimos en una fase caracterizada por la descriminalización, sino por un claro proceso creciente de

⁹ Vid. SCHÜNEMANN, B., *Temas Actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Tecno, Madrid, 2002, p. 203.

¹⁰ Similarmente, GRACIA MARTIN, L., *Prolegómenos para la...*, cit. p. 54.

criminalización¹¹, es decir de la aparición de nuevas figuras delictivas pasibles de ser perseguidas en sede penal. De esa forma, cuando aparece este derecho penal han surgido dos consecuencias¹². La primera de ellas, es el *aspecto formal*, compuesto por los rasgos de sistematicidad y los ámbitos que comprende. Así, el derecho penal moderno aparece actualmente en la mayoría de legislaciones penales, en su parte especial, o de darse el caso, en leyes penales especiales. Y, se ha podido percibir que, en las últimas décadas han aparecido un sin número de delitos o tipos penales nuevos que protegen nuevos bienes jurídicos¹³, acompañados de una “agravante general”. Entre muchas razones porque, a las sanciones previstas se le han sumado, además de un sustancial incremento de penas, otros supuestos calificados en orden a las nuevas circunstancias y móviles donde se configura la acción típica¹⁴. Acertadamente el profesor GRACIA MARTÍN califica al aspecto formal, como un “*cambio cuantitativo*”¹⁵ en relación con el derecho penal liberal.

En puridad, si intentamos redefinir el concepto de derecho penal moderno (vertiente formal), lo entenderemos como un conjunto integrado por los nuevos tipos penales que han sido, por mano del legislador

¹¹ En el mismo sentido, FEJOO SÁNCHEZ, B., “Sobre la Administrativización del Derecho Penal en la sociedad de riesgo. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, n°19, 2007, p. 115.

¹² Esta subdivisión de corte pedagógica –y a mi entender útil para el propósito de este estudio- ha sido planteada por el Profesor GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la...*, cit. p.57.

¹³ Bienes colectivos, citando ejemplos: salud pública, orden económico, erario público. Términos usados frecuentemente en MAYO CALDERÓN, B., “Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n°17, 2005, p. 288.

¹⁴ En ese mismo sentido, GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos...*, cit. p. 58.

¹⁵ *Ibidem*, p. 57.

añadidos a la legislación anterior y por las agravaciones que han sido puestas a los tipos penales primitivos¹⁶.

El segundo aspecto es el *material*, y podremos aproximarnos a su concepto por una crítica que ha sido sostenida¹⁷, en lo que respecta al alejamiento de los principios y garantías penales que orientaban el derecho penal de la Ilustración. De ese modo, el derecho penal moderno es un modelo *anti garantista* donde se relajan de manera evidente las exigencias penales para sancionar la conducta, ello sustentado en una necesidad por perseguir a las conductas que afectan nuevos bienes jurídicos. En ese sentido, se postula que, el derecho penal moderno i.) Se aleja de los conceptos metafísicos y se adscribe a una metodología empírica; ii.) plasma su orientación hacia lo empírico especialmente con el concepto de orientación a las consecuencias; iii.) favorece conceptos más bien basados en la prevención que en la retribución; iv.) intenta vincular al legislador y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos¹⁸.

En contra de lo anterior, la anterior postura vendría a ser una postura apresurada -en mi opinión- y más aún, carente de sustrato material. Entre otras razones, porque el derecho penal moderno sí es compatible con las nuevas exigencias sociales. En tanto, hacen necesaria una relajación de los modelos de imputación para perseguir infracciones a bienes jurídicos colectivos. Se encarga de encontrar presupuestos jurídicos nuevos para identificar los ámbitos de peligrosidad y, para sustentar gráficamente lo anterior, baste decir que no se puede utilizar de manera efectiva la estructura de imputación del delito clásico (de homicidio, robo, etc) para sancionar a los delitos contra bienes jurídicos colectivos (contaminación ambiental, delitos financieros). Esto último se tornaría inaplicable e insuficiente. En la misma línea, la doctrina

¹⁶ Aquellos que protegían los bienes jurídicos individuales como la propiedad, la vida, la salud, etc. Este término es usado para sostener la postura de la Escuela de Frankfurt.

¹⁷ HASSEMER, W. “Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, trad. ELENA LARRAURI*, Tomo LXV, 1992, p. 235.

¹⁸ *Ibidem*. p. 238.

mayoritaria señala que, el derecho penal moderno es uno en todo conforme a las exigencias del Estado de Derecho y que dicha conformidad se realiza de modo en absoluto¹⁹. De modo que, el derecho penal moderno sí conserva en su parte general, la adecuación para tratar estas nuevas manifestaciones jurídico penales y también, se encuentra en la situación de asimilar esos nuevos fenómenos dando soluciones a los problemas que se generan respetando directrices de seguridad jurídica y justicia.²⁰

Desde esa distancia, presentamos a un derecho penal moderno, como un fenómeno expansivo y, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, el derecho penal moderno acumula o agrava las penas de forma legítima y garantista de sus principios orientadores. Por ello, es el medio más idóneo y compatible, sin lugar a dudas, para responder a nuevos riesgos – que en su medida son necesarios-, propios de un sistema social acelerado y veloz postindustrial. Sin embargo, lo anterior no nos puede convencer de aceptar en bloque la propuesta del legislador, sin más, porque puede representar un abuso de la técnica legislativa para tipificar injustos y, así caer en excesos cuando sancionamos conductas delictivas. En efecto, nuestra tarea será la de identificar los supuestos subsumidos en los tipos penales, y emplear criterios valorativos y normativos –ayudados evidentemente de prudencia- de acuerdo con bases de razonabilidad para aplicar la sanción correspondiente y así obtener resultados positivos en términos de justicia.

3. El Derecho Penal Ilustrado vs Derecho Penal Moderno

Siguiendo con el desarrollo de este estudio, pasaré brevemente a delimitar los rasgos principales de los postulados de la Escuela de Frankfurt, así como también las respuestas por parte de los defensores de un Derecho penal moderno. Así, como primeras líneas, en cuanto a los

¹⁹ En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos...*, cit. p. 56. Este autor utiliza la postura del Profesor GIMBERNAT.

²⁰ *Ídem.*

principios del derecho penal ilustrado, podemos decir que se explican como la concreción del ideario político que formularon los ilustrados, con base en las doctrinas que habían elaborado durante el S. XVII, tomando como referencia la secularización del Estado, para liberar tanto a la idea del mismo, como a los fines que le fueren atribuibles de la fundamentación esencialmente teológica y teocrática en que se sustentaban hasta entonces²¹. Su intención, en esa tarea, ha sido la de proteger exclusivamente los bienes jurídicos clásicos como la vida, la propiedad, el patrimonio, entre otros. De modo que, se traduce como un modelo netamente garantista que conserva firmes sus criterios de imputación jurídico penal, por contra a lo que se puede observar en el derecho penal moderno: exigencias relajadas al momento de imputar la comisión de un delito.

Como segundo orden, se puede señalar que el derecho penal clásico no ha incorporado en sus bases la protección de bienes jurídicos colectivos y, la configuración de los delitos de peligro, puesto que, se apartan de la idea del legítimo derecho penal clásico que protege bienes jurídicos individuales. Y, en relación con lo anterior, parte de la doctrina²², entiende como una tendencia perversa al derecho penal moderno, puesto que, puede llegar a poner en peligro los principios más básicos que siempre ha querido que limiten el poder punitivo, así como las garantías en su aplicación²³.

En tercer orden, los que defienden el Derecho penal clásico, no muestran su conformidad a la aparición de normas simbólicas (propias, en su consideración, del derecho penal moderno) porque consideran que, son divergentes de un modelo penal fundado en garantías penales respetuosas de un debido procedimiento. Este llamado derecho de la ilustración, para HASSEMER, se habría convertido en el Derecho penal

²¹ *Ibidem*, p.57.

²² Hay autores de corte abolicionista como LÜDERSSEN, ALBRECHT, con autores minimalistas o reduccionistas como HASSEMER, NAUCKE, PRITTWITZ, HERZOG, KARGL, entre los principales representantes de la llamada “Escuela de Frankfurt”.

²³ En ese sentido PAREDES CASTAÑÓN, J., *cit.* p 112.

clásico²⁴ y en la mayoría de sus postulados le asigna el papel de criterio de medida frente al derecho penal moderno, además de ser la base sobre la cual fundamenta su crítica a este último²⁵. Finalmente, el Derecho penal clásico, defendido por La Escuela de Frankfurt, pretende denunciar la funcionalización social del Derecho penal moderno, en cuanto a la denominada sociedad de riesgo –y, por consecuencia derecho penal de riesgo- que viene provocando la desnaturalización del derecho penal clásico para adecuarlo a las características y necesidades de dicho modelo social²⁶.

Contrariamente a estos postulados, el modelo clásico que pretende se aplique a la sociedad actual no es compatible por una sencilla razón: INEFICACIA, en tanto las conductas delictivas se presentan en ámbitos nuevos de criminalidad, nos referimos a diferentes escenarios con nuevos agentes económicos en uso de medios económicos y tecnológicos dañosos.

Hablamos de ineficacia a nivel aplicativo, puesto que, dentro del mal llamado Derecho penal clásico, no pueden encontrarse los mecanismos apropiados para enfrentar los nuevos modos de amenaza

²⁴ Esta calificación ha sido centro de crítica, entre las principales la desarrollada por el Profesor GRACIA MARTIN, “La calificación que del derecho penal de Ilustración me parece absolutamente rechazable, en tanto como el mismo declara, por clásico se entiende aquí “un ideal” una aspiración por la que medir a dónde debemos dirigirnos, cuáles son los pasos que hay que dar para seguir el buen camino y evitar el malo, y cuáles son los que hay que desandar antes de llegar a las proximidades de la meta.(...) Bajo ningún concepto puede ser atendible la pretensión de que sean precisamente los objetos y enunciados históricos del discurso penal de la Ilustración los que tengan que tomarse como referencia y medida de lo accesible legítimamente a la intervención penal actual...” “¿Qué es la modernización del Derecho Penal?”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, 2005, n° 12, p. 128.

²⁵ GRACIA MARTIN, L. *Prolegómenos...*, cit. p.49. Este autor cita la obra de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en el Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. p.16 y ss.

²⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B., cit. p. 106.

originadas por la civilización técnica²⁷. Y, por otro lado, como consecuencia de las limitaciones que se presentan en el Derecho penal “clásico”, la sentida presencia de riesgos, sumada a las exigencias del Estado Social y democrático, se han provocado la instrumentalización de nuevas técnicas de imputación jurídico penal. De modo que, permitan atribuirle responsabilidad a quienes ejecutan comportamientos no permitidos, *ex ante* riesgosos y que, se realizan en resultados de lesión o de peligro para los intereses penalmente tutelados²⁸. En tal sentido, una efectiva modernización del Derecho penal es una exigencia necesaria desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos modernos. Debería ser definido, como lucha por el discurso de la criminalidad y para que este proceso pueda ser orientado correctamente hacia su meta, es preciso fijar en su punto de partida un concepto material de derecho penal moderno, conforme con la exigencia que demanda la noción de *modernidad*, es decir un concepto que exprese claramente la ruptura sustancial que tiene que producirse entre el derecho penal moderado y el tradicional anterior²⁹.

También presente en este diálogo, el Profesor FEJOO SÁNCHEZ considera que, el derecho penal no puede obviar las nuevas características de las sociedades contemporáneas si quiere cumplir sus funciones encomendadas³⁰. Con este planteamiento nos alumbramos la siguiente idea: El Derecho penal de la ilustración, que, propone la Escuela de Frankfurt, es disfuncional para nuestra sociedad actual, ello porque son insuficientes sus mecanismos político-criminales utilizados para combatir las nuevas formas de criminalidad, y sancionar a los

²⁷ Vid. HEINE, G., “Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente”, *Trad. DE LA CUESTA AGUADO, P.* en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n°3, 1993, p. 289. Este artículo fue publicado originalmente como “Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts” en *NJW* 39 (1990), p. 2425-2434.

²⁸ CARO CORIA, D. “Sociedades de Riesgo: bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo” en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n°9, 2006, p. 181.

²⁹ *Ibidem*, p. 188 y ss.

³⁰ FEJOO SÁNCHEZ, B., *cit.* p. 117.

nuevos actores del crimen económico. En tal contexto, resulta inapropiado armonizar un derecho penal minimalista con un estado máximo, que ya no se corresponde con la concepción liberal. Por decirlo así, existe la presencia de nuevas fuentes de riesgo, –químicos, nucleares, genéticos- en las sociedades modernas que deben ser combatidos jurídicamente con una mayor intervención, sin dejar a otras ramas del derecho preferencia sobre su papel en estos nuevos hechos aludidos³¹.

Sobre lo anterior podemos sintetizar que, el derecho penal actual sí puede atender a las nuevas necesidades sociales siempre que no se desvirtúen o desnaturalicen sus funciones y el papel que debe desempeñar legítimamente la pena estatal³². De modo que, en donde hay una sociedad en la cual la actuación del Estado, en uso de su *ius puniendi* se hace respetando los derechos fundamentales, ya se encuentran de por sí atajadas todas las presuntas deficiencias del Derecho penal moderno

Una vez convencidos de nuestra preferencia por el derecho penal moderno, debemos identificar ciertas posiciones doctrinarias que proponen alternativas a este fenómeno.

Considero que merece al respecto, una mirada el modelo elaborado por HASSEMER, el cual propone un modelo a nivel material, procesal, e incluso desde la teoría de la pena con el llamado Derecho de la intervención (*Interventionsrecht*). En el cuál quedan comprendidos aquellos instrumentos que, pueden responder mejor que el Derecho penal a la demanda actual y futura de solución de problemas. Ello porque busca poner límites y condicionamientos a la intervención por parte del Estado y a la intensidad de esta. Tiene la aptitud para resolver el problema antes que se produzcan los daños, disponibilidad no solo sobre los medios de actuación o su uso, sino también sobre los de control y dirección, cooperación de demarcaciones hasta ahora bastante separadas (Derecho administrativo), derecho de responsabilidades derivados por hechos ilícitos, etc.³³ La propuesta del Derecho de la intervención no tendría

³¹ *Ibidem*, p. 118.

³² *Ibidem*, p. 120.

³³ *Vid.* HASSEMER, W., “Perspectivas del Derecho penal del futuro”, *Trad.* Enrique Anarte Borrallo, en *Revista Penal*, n° 1, 1998, p. 40.

ninguna dificultad para admitir ese modelo de menor intensidad garantista dentro del Derecho penal, siempre y cuando las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran de prisión, entendida esta como atentatoria contra la libertad de los responsables. En otras palabras, este autor considera que es más viable un derecho administrativo sancionador para perseguir las nuevas formas de criminalidad que un derecho penal. Consecuencia directa sería que no debe utilizarse el derecho penal para sancionar las nuevas formas de delitos.

Y, con una posición más funcionalista, extraemos brevemente del Profesor de la Universidad de POMPEU FABRA, su modelo llamado “*Derecho penal de dos velocidades*”. En el cual, existe un derecho penal flexible más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas, como las privativas de derechos, multas y sanciones que recaen sobre personas jurídicas. Es allí donde se flexibilizaran los criterios de imputación y las garantías político-criminales. Sin dejar de lado, desde luego, su judicialización –en tanto es garantía de imparcialidad-, y además el carácter de las sanciones que no tengan la repercusión personal de la pena de prisión. Y un *hard law*, en el cual se mantendrán rígidas las estructuras de imputación clásicas y las garantías penales, y las penas a imponerse si serán privativas de la libertad. En este último grupo se encuentran los delitos de viejo cuño como el homicidio, asesinato, robo, etc.³⁴

De este modo, en su consideración que distingue entre *soft law* y *hard law*, puede ver salvaguardado el núcleo del derecho penal para los delitos que tienen asignada la pena de prisión, en tanto se conservan las garantías de un modelo clásico de imputación y sus principios. Y para los delitos de orden económico si cabría una flexibilización de las reglas de imputación (por ejemplo: responsabilidad de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de autoría o de la comisión por omisión), de los principios político criminales, en cuanto en principio, no deberían tener asignada una pena de prisión³⁵.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, J., “*La expansión del...*, cit. p.179.

³⁵ *Ídem*.

B. Toma de postura

Para finalizar este capítulo, es necesario reconocer que la propuesta sentada por SILVA SANCHEZ, es a mi parecer, realmente directriz para informar una posible reforma en un sistema penal actual. Sin embargo, se hacen necesarios algunos matices. De esa forma, me adhiero totalmente a la necesidad de una mayor intervención con respecto a los nuevos tipos penales, aplicando penas contra la libertad en determinados casos, por contraposición a lo que ansiosamente reclamaba el derecho penal liberal.

Y, respecto de la diferencia planteada entre *soft law* y *hard law* que, utiliza como criterio de referencia a la consecuencia jurídica del delito: *el criterio de la pena*, se hacen necesarios algunas precisiones. Por una parte, en relación al criterio diferenciador utilizado, se hace una valoración inexacta de la supuesta afectación más grave. Suponiendo los efectos en la esfera de los posibles criminales, olvidando que en los delitos económicos y, los tipos delictivos que han aparecido con el derecho penal moderno, muchas veces, los criminales se ven afectados de una manera más lesiva, con penas diferentes a las que afectan su libertad³⁶, tales como la inhabilitación, el cierre temporal de sus empresas, clausura del centro de operaciones de la empresa, entre otras sanciones de naturaleza no pecuniaria.

Este criterio, debería más bien, situarse en una ubicación del tipo penal que, no se vea afectado por el carácter dinámico de su naturaleza, sino más bien en el supuesto de hecho. Ello, porque si tomamos, este criterio como el diferenciador del derecho penal en sus dos velocidades, por ser éste un elemento más estático que dinámico del tipo, traerá más seguridad al momento de su aplicación y también se tratará de un dato más objetivo de la realidad. En esa dirección de ideas, el criterio diferenciador no puede ser la pena porque en la mayoría de los casos resultará ineficaz, en relación a los fines preventivos del derecho penal.

El supuesto de hecho, al que hacemos alusión, vendrá configurado por la distinción de los ámbitos donde se produzcan las conductas típicas. Por un lado, los ámbitos donde existen mayores riesgos o potenciales

³⁶ *Ibidem.* p. 181.

fuentes de estos y que, en la mayoría de casos aparezcan en el desarrollo y práctica de actividades económicas y, en otro lado, los ámbitos donde no existen riesgos incontrolables, y donde las conductas delictivas son sancionadas efectivamente. Dentro de esta diferenciación, a la que vendrían bien algunos matices, podríamos situar la aplicación de un Derecho penal de dos velocidades. En el primer caso, el *soft law*, tendrá la función de criminalizar los comportamientos de los tipos penales; donde el supuesto de hecho comprende las conductas enmarcadas por ámbitos riesgosos o potenciales fuentes de éstos y, se afectan bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. Allí se ve justificada la relajación o flexibilidad de los criterios de imputación penales, porque es más difícil, en estos ámbitos, encontrar a los responsables e identificar sus actividades delictivas.

Podemos encontrarlos, casi en todos los casos, frente a los delitos penales económicos; delitos ambientales, delitos financieros, bursátiles, entre otros.

Por contra, en el segundo caso será de aplicación el *hard law* que, tendrá la función exclusiva de criminalizar las conductas de tipos penales donde el supuesto de hecho comprende ámbitos de fuentes de riesgo menores o casi escasas. Es decir, donde ordinariamente esos riesgos nunca llegan a materializarse y, casi siempre se encuentran controlados, afectando ordinariamente a bienes jurídicos individuales. Bajo esta premisa, se ve justificado que las exigencias de imputación penales se mantengan en estricto cumplimiento con el derecho penal clásico, con sus garantías rígidas y estructuras de imputación clásicas propias de los delitos de viejo cuño. En tales ámbitos estarán comprendidos los delitos clásicos (hurto, robo, homicidio, etc) y los que el Derecho penal ha conseguido, con base a las estructuras clásicas de imputación, encontrar responsables de manera efectiva.

Cerrando estas breves líneas, podemos señalar que, en las situaciones donde estamos en ámbitos riesgosos también pueden resultar afectaciones contra bienes jurídicos individuales como la vida, la salud e integridad corporal. En ese camino, se aplicará además de lo previsto por el derecho penal económico, tipos delictivos que de manera autónoma

prevean estos resultados, como el delito de homicidio culposo, o lesiones gravosas, entre otras figuras delictivas.

CAPÍTULO II. EL DERECHO PENAL AMBIENTAL Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Después de haber puesto de relieve los principales rasgos de la sociedad moderna y de la necesaria adaptación de la intervención del Derecho, quisiéramos hacer mención a uno de los principales problemas que acarrearán esta sociedad: la contaminación ambiental resultado de los procesos productivos, el calentamiento global; que cada vez se va acercando a la destrucción de los pocos lugares naturales para el hombre, la aparición de diversos tipos de contaminación; como la automotriz, la aérea, sonora, entre otras. Estas situaciones no pueden ser eliminadas fácilmente, puesto que son necesarias para la satisfacción de las necesidades y base para la subsistencia de nuestra sociedad consumista y de grandes procesos de producción en masa.

Es, en este escenario que aparece el Estado con un abanico de posibilidades o medios con los que cuenta para paliar los efectos negativos de estos fenómenos. Así, podemos observar que tiene poder para crear políticas de gestión, dictar normas, así como también para

dictar actos y resoluciones que ayuden a ordenar las relaciones entre los privados y el Estado (derecho administrativo) y, de ese modo, sancionar los comportamientos más lesivos en uso de su *ius puniendi*.

A. La protección normativa del medio ambiente

A modo de introducción, nos pueden servir de mucho las palabras del Profesor MARTIN MATEO sobre la protección normativa de medio ambiente “... las leyes no sólo producen insustituibles efectos disciplinarios de las conductas en que inciden, sino que, son a la vez cauces informativos y medios pedagógicos, que ayudan a formar opinión con lo que se realimenta el proceso induciendo la introducción de nuevos perfeccionamientos normativos...”³⁷. Del mismo modo, no debemos perder de vista -sin pretender construir un trabajo alentador- al ambiente que estamos protegiendo por medio de normas, tiene además un contenido sustancial para la supervivencia de la humanidad. En tanto, es morada del hombre y por consecuencia el mejor lugar para su desenvolvimiento, es por ello que su protección normativa atiende a esta necesidad³⁸.

En primeras líneas, es necesario entender que la conciencia acerca del medioambiente y, la necesidad de su protección tuvo su primer hito en los años 60 en Estados Unidos de Norteamérica³⁹ y se ha constituido como núcleo principal de instrumentos y técnicas que después han sido usados en los distintos ordenamientos⁴⁰. Posterior a ello, comenzó una

³⁷ MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*, 3era ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 33.

³⁸ En el mismo sentido MARTÍN MATEO, R., *cit.* p. 34.

³⁹ En Estados Unidos de Norteamérica entró en vigor el 1 de Enero de 1970, la EPA (*Environmental Protection Act*), cual constituye la primera ley moderna, que posteriormente fue utilizada en la Conferencia de Estocolmo de 1972.

⁴⁰ Han sido recepcionadas en la gran mayoría de Constituciones en América Latina. Por hacer mención Panamá (1972), Cuba(1976), Ecuador (1979-1993), Perú (1979-1993), Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Haití

fina tendencia de legislación a través de instrumentos normativos, en los cuales se ha prestado especial atención al medioambiente. Ya sea a máximo nivel, traducido en textos Constitucionales, como en otros niveles; Códigos o leyes especiales de carácter penal o administrativo, e instrumentos normativos económicos (impuestos ecológicos). Ello nos debería llevar a inferir que al haber sido reconocidos disposiciones de corte ambiental en numerosos textos constitucionales⁴¹, es de enorme interés y urgencia, por los estados su tutela, y la categoría asignada por parte del legislador.

Sin más espera, se hizo presente la regulación normativa del medio ambiente por parte del derecho administrativo, que conservando su función de ordenar sectores de actividad, buscaba establecer los mecanismos idóneos que permitan la continuidad del crecimiento y desarrollo económico con la recuperación del ambiente. De manera que sus pretensiones regulatorias eran fácilmente reconocibles en la etapa del riesgo, puesto que, se servían de la potencialidad o ámbito de aplicación

(1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), México (1987), Colombia (1991), Paraguay (1967-1992).

⁴¹ En la **Constitución Peruana de 1993**: Art. 2.22.-*Toda persona tiene a la paz, a la tranquilidad, al disfrute de su tiempo libre, y al descanso. Así como a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida; Artículo 66.-*Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal; Artículo 67.- *El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales; Artículo 68.-*El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas;* *Vid. También en la Constitución Española de 1978: Artículo 1*-*Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo;* Artículo.2. -*Los poderes públicos velarán por su utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva,* Artículo.3. *Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que fije la ley se establecerán sanciones penales, o en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.****

al principio precautorio y el de prevención; los cuales son líneas directrices del derecho ambiental⁴². Es por ello que, su actuación identificaba su objeto en dirección a aquellas acciones y conductas que, debido a su realización, lesionan algo que por decisión del Estado se considera importante cuidar⁴³. En tal dirección, actualmente, su función normativa somete las actividades contaminantes a *autorizaciones, licencias u otros permisos de naturaleza paralela*; dando ideas por tanto que, la contaminación es lícita cuando cumple con los estándares o límites impuestos por el legislador, por contra es ilícita cuando no cumple con los mismos o cumpliéndolos produce efectos negativos. Y, para los casos en que ésta función es insuficiente, el no cumplimiento de la normativa ambiental trae como resultado su vertiente *sancionadora* que, más allá de la imposición de multas, puede también imponer otras medidas, como la suspensión de la autorización, el cierre del establecimiento, inhabilitación, entre otras medidas sancionatorias no pecuniarias.

Pues bien, además de sus dos funciones de derecho administrativo, también debemos hacer referencia a otros instrumentos de protección normativa. Estamos hablando de los llamados impuestos ambientales – los cuales, se encuentran dentro de un conjunto de actuaciones públicas para la protección medioambiental-, o también llamados eco-impuestos, impuestos verdes que, vendrían a configurarse como instrumentos de gestión ambiental. Y, que encuentran su fundamento en la necesidad de solucionar una serie de fallos del mercado, cuyo origen era la inexistencia de derechos de apropiación privados sobre ciertos bienes como el aire, agua, luz⁴⁴. Este instrumento económico que, actúa sobre la base de un modelo racionalista utilitarista de *homo economicus*, otorgaría al mismo retribuciones o, le impondría sanciones medibles en valores económicos, conduciendo el comportamiento del sujeto pasivo de la

⁴² En el mismo sentido, ANTÚNEZ SÁNCHEZ A. Y BATISTA CONTRERAS R., “Marco teórico legal del delito penal ambiental, tratamiento en el Derecho Cubano”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, n°44, 2013, p.149.

⁴³ *Ibidem*, p. 150.

⁴⁴ En el mismo sentido, VALLE MUÑIZ, J., *La protección Jurídica del Medio Ambiente*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 172.

manera más favorable al medio ambiente, bien evitando daños al mismo, bien procurando su recuperación⁴⁵.

Finalmente, cuando el derecho administrativo sancionador es insuficiente, aparece, en su categoría de *ultima ratio*, la presencia de la protección normativa del medio ambiente en leyes penales, códigos penales y por ende, legitimada su actuación por parte del Derecho Penal⁴⁶. Esto último nos ocupa brevemente desarrollar y, verificar como se realiza la protección normativa de medio ambiente en sede penal, y de las técnicas que se sirve para cumplir mejor su función.

B. Protección Penal del Medio Ambiente

Esta protección se pone en marcha cuando fracasan los otros instrumentos creados por el legislador para proteger el medio ambiente o resultan insuficientes. Por ello, se ve obligado a usar el medio más lesivo que posee y, como consecuencia de esto, crea tipos penales en amparo del *ius puniendi* sobre la base de principios y directrices de orden constitucional y penal. En esa dirección, un sector de la doctrina señala que el Derecho Penal en virtud del *principio de intervención mínima* y, del *principio de subsidiariedad*, va actuar de forma accesoria y subsidiaria respecto del Derecho Administrativo en esta materia, sometida a un complejo entramado de protección, lo que implica la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal. Se requerirá atentados contra el medio ambiente que revistan cierta gravedad⁴⁷ De ese modo, la aparición del derecho penal ambiental, se hizo patente en una parcela donde ya habían sido puestos los primeros intentos de proteger el medio ambiente, a través de muchos

⁴⁵ *Ibidem*, p.173.

⁴⁶ Lo hace por su parte el Código Penal Peruano 1991, el Código Penal Español, el StGB alemán, entre otros Corpus iuris.

⁴⁷ Similarmente, SESSANO GOENAGA, J., “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades para su tratamiento jurídico” [en línea] *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, p. 3. http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf [Consulta: 18-03-2014]

instrumentos normativos, entre ellos, a través de derecho administrativo o sectorial.

Sin más, el legislador cuando crea normas penales protectoras del medio ambiente no está en un espacio jurídico libre, sino que se encuentra en un terreno ocupado por las normas administrativas⁴⁸, por lo que se hace necesaria su relación y vinculación con estas últimas, así como el empleo de mecanismos de coordinación necesarios para su actuación.

Lo siguiente que debemos entender es que, cuando el derecho penal sanciona comportamientos de contaminación ambiental, busca restablecer la confianza o vigencia de la norma que ha sido defraudada por comportamientos de especial gravedad que, contaminan el medio ambiente. Lo hace en el sentido de mantenerla vigente y de ese modo, lograr que otros agentes no contaminen el medio ambiente, como lo prescribe la ley penal. Buscamos en tal empresa, una protección penal del ambiente eficaz y, acorde con los postulados constitucionales, fundándose en principios rectores como el de *legalidad* y el de *última ratio*, entre otros.

Una vez hecha esta precisión, nos ocupa analizar un aspecto sustancial de la protección penal del medio ambiente. Estamos hablando de identificar el bien jurídico protegido, definido según los postulados de la *Tesis de la autonomía del bien jurídico*.

Pues bien, nuestra tarea es desarrollar esta tesis, e identificar sus variantes a.- *la llamada concepción amplia*; que entiende al ambiente desde una perspectiva *globalista*⁴⁹, donde se integran dentro del ambiente, los elementos materiales e inmateriales: urbanísticos, paisajísticos, estéticos, históricos-patrimoniales y artísticos, sociales, culturales y políticos. La crítica a esta concepción resulta diáfana: “no se

⁴⁸ En el mismo sentido, LAMADRID UBILLÚS, A., *El Derecho Penal Ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico*, Grijley, Lima, 2011, p. 96.

⁴⁹ *Ídem*.

pueden configurar conductas ilícitas en tanto su propia amplitud hace difícil su persecución”⁵⁰.

Por su parte, b.- *la concepción estricta o restringida* propuesta por MARTIN MATEO, reduce al ambiente a su aspecto físico, para luego identificarlo con los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas, reduciendo toda la problemática ambiental a la tutela del aire y del agua, descartando las cuestiones relativas al ambiente artificial y los restantes elementos naturales (suelo, flora, fauna)⁵¹. Al respecto, esta concepción ha sido ampliamente criticada, puesto que restringen el bien jurídico medio ambiente a aquellos elementos que más directamente pueden incidir en la salud y en las demás condiciones de la vida del hombre⁵².

Y por último, c.- *la concepción intermedia del bien jurídico ambiente*, defendida por la doctrina española, italiana y alemana que, pretende proteger al ambiente natural (en oposición al artificial y al social) comprendiendo a los recursos naturales renovables o no. Se establece, en tal sentido, una identidad con el conjunto de elementos naturales, tanto en sus componentes mediales como el agua, aire y los suelos, así como, en sus elementos visibles u orgánicos que, se sirven de ellos, a saber la flora y la fauna⁵³. A esta concepción de rasgo ecléctico, ganadora en la actualidad por tener un mayor arraigo en la doctrina y legislación comparada, resume al ambiente: como el conjunto de bases naturales para la vida⁵⁴.

Una vez observado que de las concepciones anteriormente desarrolladas, la postura ecléctica es la que más se ajusta al sentido razonable y normativo, encontramos dos variantes: i.) *la visión*

⁵⁰ En el mismo sentido, LOZANO CUTANDA, B., *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal Español y comparado*, Editorial Comares, Granada, 1997, p. 18.

⁵¹ LAMADRID UBILLÚS, A., *cit.* p. 97. El citado autor ha considerado también el suelo, dado que, es también objeto de perturbaciones que afectan a los otros medios.

⁵² En el mismo sentido, LOZANO CUTANDA, B., *cit.* p. 29.

⁵³ LAMADRID UBILLÚS, A., *cit.* p. 98.

⁵⁴ LOZANO CUTANDA, B., *cit.* p. 32.

ecocéntrica, que considera a la naturaleza o biósfera y a sus componentes como un fin en sí mismo y su protección no se legitima en virtud de su funcionalidad con los intereses humanos; y por su parte, ii.) *la visión antropocéntrica*, que parte de considerar la razón fundamental de la protección del ambiente, su utilidad para el desarrollo del individuo en sociedad.

Pues bien, la visión antropocéntrica se ajusta más a nuestra realidad, tanto a nivel normativo y tipificador, como en lo práctico aplicativo. En la misma que encontramos dos posiciones. Por un lado, una *posición moderada*, que implica la protección constitucional del ambiente. Si bien se realiza teniendo en cuenta la finalidad de garantizar y mejorar la vida humana, no solo repercute sobre ella, sino también en el mantenimiento de otras formas de vida: la animal y vegetal. Y, por el otro, una *posición radical*, ésta última le quita la autonomía concedida al bien jurídico ambiente, además de quitarle también autonomía a los bienes colectivos⁵⁵. Se considera que la protección penal es solo una forma de protección de los bienes jurídicos individuales, debido a que, existe una relación de dependencia con los bienes jurídicos supra individuales.

1. Una breve toma de postura

En lo que a las concepciones expuestas se refiere, nos decantamos por la concepción antropocéntrica en su vertiente eclética moderada, en tanto, se ajusta con nuestro texto constitucional, en el cual está reconocido como derecho fundamental al medio ambiente (Artículo 2.22 de la Constitución Política Peruana), además de estar en correspondencia con el Código Penal Peruano (Artículo 304 del Código Penal Peruano) que protege al medio ambiente en cuanto se relaciona con la protección de la vida y salud humana.

En tal sentido, el bien jurídico penal se puede entender como la *estabilidad ecosistémica o la estabilidad del medio ambiente*, que desde el punto de vista ecológico es producto de la interrelación sistémica y

⁵⁵ En el mismo sentido, LAMADRID UBILLÚS, A, *cit.* p. 99.

dinámica entre los diversos elementos constitutivos del ambiente natural. Aquella estabilidad puede ser definida como “la capacidad de resistencia de los sistemas ambientales naturales ante los eventos degradatorios de origen humano o no, es decir las posibilidades del ecosistema para acercarse a un punto de referencia de equilibrio ecológico ante las perturbaciones que padece”⁵⁶. Pues bien, una vez delimitado el bien jurídico protegido por el derecho penal ambiental, ponemos de manifiesto que esta estabilidad, es infraccionable y, constituye un bien jurídico-penal colectivo. Este reconocimiento del bien jurídico, no nos puede hacer perder de vista la finalidad del derecho penal, que consiste en el restablecimiento de la vigencia o confianza de la norma, *ver supra* y, en el presente caso, lo hace en razón de este bien jurídico penal.

Por otro lado, en cuanto a su legitimidad, éste derecho penal ambiental debe ser de mínima intervención, que reivindicando la antijuridicidad material y la exigencia de un disvalor de resultado en el injusto, conduzca a excluir la protección absoluta del ambiente. Entonces se debe erigir la tutela en función de límites de tolerabilidad técnicamente definidos, de modo que se permita ciertos niveles de degradación, por encima de los cuales opera la sanción penal tras infringirse los riesgos permitidos⁵⁷. De ese modo, la gravedad que acompaña a dichas afectaciones –se entiende que contra la estabilidad ecosistémica– constituye una urgente tutela por el medio más lesivo que el Estado posee: el Derecho penal. Esta gravedad a la que hacemos referencia, puede determinarse, en palabras de SILVA SANCHEZ, utilizando distintos criterios como el *statuo quo* (que informa acerca de la estabilidad del ecosistema) y *criterios de extensión en el espacio, prolongación en el tiempo, intensidad en la afectación, entre otros*⁵⁸.

Lo siguiente, será desarrollar, en las líneas posteriores, como se da la protección penal del ambiente, qué medios utiliza y, las coordinaciones con el derecho administrativo que necesita implementar para actuar con eficacia.

⁵⁶ *Ídem.*

⁵⁷ *Ídem.*

⁵⁸ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p 21.

C .Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Una perspectiva ambiental

Para el desarrollo del presente apartado, esta exposición se ha servido de la postura del profesor HEINE, en tanto la consideramos útil en relación, a la sistematización de las diferentes perspectivas que existen sobre el tipo de vinculación presentes entre el derecho administrativo y el derecho penal. Pues bien, para entender este planteamiento, merece importancia recordar que, en los ordenamientos contemporáneos de nuestro tiempo, priman ciertos principios orientadores de la actuación de los Estados, ya sea de naturaleza *iuspositivista* o *iusnaturalista*. Siendo de especial utilidad los primeros a los fines del presente estudio. Estamos hablando del *principio de unidad del ordenamiento jurídico y de la prohibición de las contradicciones que se deriva de aquél*⁵⁹. En los que, se puede desprender como idea sólida, que el Derecho penal en ningún caso pueda amenazar con pena comportamientos que están tolerados explícitamente por dicho ordenamiento⁶⁰.

También con rasgo positivista, otro principio de orden penal que orientan de manera esencial a las diversas formas de vinculación entre el derecho administrativo y el derecho penal en la presente materia, es el *principio de intervención mínima*, el cual prescribe “El Derecho penal debe tener una intervención mínima en la organización y mantenimiento de las bases indispensables de la convivencia social”⁶¹. Del mismo se pueden deducir dos principios más: a saber *el principio de ultima ratio y el carácter fragmentario* del mismo. En esa línea positivista, se admite para el Derecho penal que, las consideraciones jurídico administrativo sobre daños al medio ambiente son en gran medida *imprescindibles*⁶².

Todo lo anterior nos ofrece una breve introducción con una alumbrada idea: Existen niveles de coordinación entre el derecho penal y

⁵⁹ En el mismo sentido, HEINE, G., *cit.* p. 293.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 294.

⁶¹ *Vid.* MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, A., *Derecho penal y protección del ambiente*, Codex, Madrid, 1992 p. 114.

⁶² En sentido similar, HEINE, G., *cit.* p. 294.

el derecho administrativo, puesto que, este último además de complementarlo, actualiza al primero, habida cuenta de su carácter dinámico. Ello sucede por cuanto, el derecho penal instrumentaliza al derecho administrativo, se sirve de éste por la principal de las razones: política legislativa. El legislador con esta técnica, busca criminalizar conductas que, anteriormente no eran conocidas y quién mejor para ayudarle: el derecho administrativo. Que, de la misma forma, regula de manera flexible y especializada los sectores económicos de actividad.

Sin más preámbulo, pasaremos al desarrollo de este modelo propuesto por el profesor HEINE, en el cual ha realizado una división tripartita de las relaciones entre el Derecho penal y el derecho administrativo: i.) El derecho penal (especial) clásico absolutamente dependiente de la administración; ii.) El derecho penal (común) relativamente dependiente de la administración; iii.) La regulación penal independiente de la administración⁶³.

Sin pretender excluir otras clasificaciones sostenidas por la doctrina, haré mención de dos de ellas. La primera es la del profesor URRAZA ABAD⁶⁴ según la cual, las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo se dan en dos niveles a decir: el primero de ellos se corresponde a una accesoriad absoluta y el segundo a una accesoriad relativa. Y, la otra clasificación la hace el Profesor MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS⁶⁵, para quién esta vinculación se da en dos niveles. El *primero* consistiría en llevar a sus últimas consecuencias el carácter auxiliar de la tutela penal, y el *segundo* nivel abarcaría aquellas posiciones que reconocen la dependencia entre tutela penal y administrativa.

De las líneas anteriores, podemos verificar que no se presentan diferencias sustanciales, por ello, lo siguiente será desarrollar la primera postura (distinción en tres formas de relación), en tanto es la más viable para efectos académicos. Antes de pasar a su desarrollo, es conveniente

⁶³ Vid. HEINE, G., *cit.* p. 294.

⁶⁴ Vid. URRAZA ABAD, J., “Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo en Materia de Protección Penal del Medio ambiente”, en *Revista La Ley*, n° 4, 2000, p. 1580.

⁶⁵ MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, A., *cit.* p. 125.

precisar que, en los tres modelos de relación entre el derecho penal y el derecho administrativo, no se dan en el término funcional, puesto que, tenemos claro que la función tanto del derecho penal y el derecho administrativo son disímiles. Se dan, por tanto, en el plano normativo y, de esa forma, pueden crear nexos de coordinación.

1. El Derecho penal absolutamente dependiente del derecho administrativo

El *primer modelo*, en el cual existe dependencia absoluta del derecho penal (clásico) con la administración, presenta rasgos que derivan directamente de esta vinculación, a decir: se encuentra “anexo” a las leyes administrativas. Su finalidad de protección, por tanto, se corresponde con asegurar la ejecución administrativa, asegurar el control y la supervisión por las autoridades, velar por el cumplimiento de los estándares jurídicos administrativos. Y, no sería más que accesorio al incumplimiento de los requerimientos a plazo, al solo incumplimiento del acto administrativo y al incumplimiento de la obligación de someterse al control de la autoridad⁶⁶. En puridad se puede afirmar que el ilícito administrativo formal es parte del tipo⁶⁷.

A manera de ilustrar lo anteriormente mencionado, diremos que el sistema de dependencia absoluta es usado por los países anglosajones, debido a que faltan los medios de coacción administrativa y, por lo tanto, las sanciones penales son prácticamente el único medio represivo disponible. El derecho penal se convierte así, en un medio de reforzamiento del derecho administrativo, por razones como insuficiencia, ineficacia, incomprensibilidad normativa de éste último.

Son varias las desventajas que se hacen a este modelo. En primer orden, puede concluir a una función impropia del derecho penal, en tanto se subordina completamente a la función y objetivos del Derecho administrativo, el cual tiene una función propia de promoción y orden de los sectores de actividad. Como segunda idea, podemos percibir que, el

⁶⁶ En sentido similar, HEINE, G., *cit.* p. 295.

⁶⁷ URRAZA ABAD, J., *cit.* p. 1582.

hecho de supeditar la función del derecho penal a decisiones administrativas, puede en muchos casos constituirse como un beneficio para grupos de intereses que logran negociar –y en este modelo es evidente, que es lo mejor- actos administrativos o legislaciones administrativas que favorecen sus intereses.⁶⁸

De manera crítica a esto último, un sector de la doctrina –con base en la teoría de la diferencia cuantitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador- señala que, tanto el primero como el segundo, tienen por objeto la protección del mismo bien jurídico, el “equilibrio natural”, encontrándose la diferencia en el peligro potencial (*quantum de peligrosidad*) que supongan las diversas formas de atentado para el mismo⁶⁹. De modo que, el Derecho penal en cuanto se ata al derecho administrativo, se degradaría a pura norma de castigo de ataques dirigidos contra intereses administrativos con la consecuencia de que, el ámbito de protección penal ya no estaría trazado por el legislador penal, sino por el legislador administrativo. En la *praxis*, las condiciones de aplicación del precepto penal estarían en manos de los órganos administrativos correspondientes⁷⁰.

En nuestra opinión, consideramos carente de legitimidad el hecho de privar de la libertad sobre la base de disposiciones administrativas sin mayor análisis del injusto material. Sin mencionar además la contravención de los principios de legalidad –principalmente- y el de culpabilidad. Ello diverge de la idea de un derecho penal entendido como instrumento de *ultima ratio* y como el mecanismo más lesivo. Seguir esa dirección es, a nuestro parecer, lograr una accesoriedad administrativa absoluta que conduzca consiguientemente a la administrativización del Derecho penal⁷¹.

⁶⁸ HEINE, G., *cit.* p. 296

⁶⁹ Similarmente, URRAZA ABAD, J., *cit.* p. 1583.

⁷⁰ En el mismo sentido, GONZÁLES GUITIAN, L., “Sobre la accesoriedad del Derecho penal en la protección del medio ambiente”, en *Estudios Criminales y Criminológicos*, n° 14, 1991, p. 115.

⁷¹ En el mismo sentido, FUENTES OSORIO, J., “Accesoriedad administrativa y delito ecológico”, en AA.VV., *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Coord. PÉREZ ALONSO, E., Tirant lo Blanch, España, 2012, p. 730.

2. El Derecho penal independiente del derecho administrativo

Este modelo de relación entre derecho penal y el derecho administrativo es propio de situaciones irregulares de extrema gravedad, en tanto, hacen necesaria la intervención del Derecho penal frente a conductas que, no pueden ser consentidas de ninguna manera. Cuando se presentan estas situaciones, es necesario la intervención del derecho penal, por ser su objeto exclusivo de protección. En tal sentido, el derecho administrativo no estaría legitimado para la protección de estos bienes jurídicos, al no estarle reconocida esa potestad, cuanto por no contar con los mecanismos jurídicos-materiales para su persecución.

La actuación administrativa, por medio de autorizaciones u otro tipo de actos administrativos, no puede intervenir para la aplicación de la sanción penal. Es decir, si la infracción se ha cometido en el ámbito del derecho penal, no será necesaria la previa infracción administrativa. Ello, sin embargo, no excluye que paralelamente se pueda infringir la normativa administrativa prevista, pero tendrá un tratamiento distinto. Y, a modo de ilustrar lo anterior, existen en el derecho comparado supuestos de prohibiciones con consecuencias penales independientes de la determinación efectuada por la administración. Por ejemplo; cuando el menoscabo del medio ambiente haya causado un peligro general para la población. Así, sucede en países como Holanda o la ex Yugoslavia, cuando una vez traspasado el peligro general, se pone en peligro concreto a la vida y salud de las personas⁷².

En orden a este trabajo, conviene en breves líneas desarrollar los inconvenientes de este modelo, *a primera* vista se ve justificada reconocer la *incertidumbre* a la que podría conllevar, puesto que, para determinar la relación entre el menoscabo grave al medio ambiente y, el peligro concreto aparece una gran dificultad: se trata de la naturaleza que existe en este tipo de infracciones. En las que, muchas veces los resultados son producto de un conjunto de varias acciones o factores que

⁷² GONZÁLES GUITIAN, L., *cit.* p. 120.

repercuten en el medioambiente. Con base en esta idea, es necesario reconocer la dificultad para reconocer la relación entre el grave daño al medio ambiente y el peligro creado por el imputado. Ello significa que, debemos ser conscientes acerca del estado de la técnica, en muchos casos, no es lo suficientemente capaz de lograr dicho objetivo. En *segundo orden* y como consecuencia de lo señalado anteriormente, es evidente que, muchas conductas infractoras al serle consustancial la imposibilidad de ser detectadas, quedarían sin sanción penal, de modo que será un atractivo para muchas empresas que realizan sus actividades con efectos contaminantes.

Y en *tercer orden*, este modelo estaría sometido a la constante posibilidad de infringir el *non bis in ídem*, porque se tendrían además graves problemas para identificar las bases o criterios mínimos aplicables en la determinación de la frontera que separa el riesgo penalmente permitido y el prohibido⁷³. Finalmente, un sector de la doctrina ha calificado que actualmente un derecho penal separado realmente del Derecho administrativo sería *anacrónico* desde el punto de vista del Estado de Derecho⁷⁴.

En nuestra consideración, además de estas acotaciones, cabe añadir la posibilidad de la presencia de una gran proliferación de leyes penales por parte del legislador, que no cumplan con las exigencias de imputación jurídico-penal, ni tampoco con la función de tutela encomendada. Por ello, los inconvenientes identificados anteriormente, se pueden resumir en una deficiencia esencial: *la inseguridad jurídica*; puesto que determinadas conductas infractoras pueden ser penalmente prohibidas, aunque administrativamente permitidas y viceversa. Resultando de ello, contradicciones en el plano aplicativo e inseguridad en la conciencia de los destinatarios de la norma al no poder dirigir su actuar con certeza.

⁷³ En el mismo sentido, CARO CORIA, D., *Derecho Penal del Ambiente: Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p.576.

⁷⁴ En el mismo sentido, GONZÁLES GUITIAN, L., *cit.* p. 117.

3. El Derecho penal relativamente dependiente del derecho administrativo

En un modelo de coordinación donde se presenta un Derecho penal relativamente dependiente de la administración, existe un Código penal (entendido como un *Corpus* de leyes especiales diferente) en convivencia con un conjunto de normas de derecho administrativo. Así, el papel del derecho penal cumple con la protección de bienes específicos del medio ambiente, también con la protección de la vida/salud humana frente a nuevos peligros. Además de presentarse como accesorio y, por tanto tutelar de las autorizaciones, al incumplimiento de los actos administrativos y también al incumplimiento de la obligación legal administrativa⁷⁵.

En el plano más operativo, puede decirse que este modelo de relación se da respecto de leyes o reglamentos, actos administrativos o a conceptos administrativos. De modo que, así entendida, en la sanción penal no se vincula al puro ilícito administrativo formal, sino más bien la ilicitud administrativa es condición necesaria, pero no suficiente de punibilidad⁷⁶. En esa perspectiva, es necesario destacar que no basta la mera desobediencia administrativa, o sea, la contravención del ordenamiento administrativo –sin tener en cuenta los efectos ecológicos– sino que, se requieren acciones con consecuencias determinadas que puedan perjudicar el bien jurídico protegido.

Ahora bien, si lo anterior se muestra convincente, podríamos referirnos a los grados que se presentan en este tipo de accesoriedad que se presentan. Por un lado, el *grado más fuerte de vinculación*, es aquel en cual, la lesión de deberes jurídico-administrativos son elemento adicional de la tipicidad: el ilícito administrativo formal o material pertenece así al propio tipo de injusto penal. Se da, por tanto, una accesoriedad de derecho administrativo (entendido por tal a leyes, reglamentos y otros.) y, por tanto, será un caso de ley penal en blanco. De otro lado, el *grado más débil de vinculación*, se dará cuando todo el contenido del tipo del injusto

⁷⁵ *Ibidem*, p. 296.

⁷⁶ En sentido similar URRAZA ABAD, J., *cit.* p. 1583.

se encuentra determinado por el derecho penal y, como consecuencia de esto, la intervención administrativa será solo una causa de justificación y como tal, una posibilidad excepcional a aplicar sólo en casos concretos. En este último no podemos afirmar que estamos frente a una ley penal en blanco al igual que el primero⁷⁷. Como idea resumen puede decirse que, en el primer caso la ley penal como delito es la infracción de determinados deberes descritos en normas administrativas y en el segundo, la ley penal remite a un acto concreto de la Administración: un permiso o una autorización dirigidos al sujeto activo⁷⁸

De manera similar a los modelos de coordinación anteriores, el modelo relativamente presenta ciertas desventajas. Sin embargo, antes de desembarcar en las críticas, debe puntualizarse que, las funciones del derecho penal y del derecho administrativo se mantienen intactas incluso en los supuestos cuando el derecho penal instrumentaliza al derecho administrativo. Lo hace para cumplir mejor su función. De lo contrario, existiría en la conciencia de los ciudadanos, inseguridad jurídica debido a la intersección de funciones.

Sin más, la primera dificultad se corresponde con la frecuencia que, tiene en la mayoría los casos, la administración que actúa irregularmente al emitir los actos administrativos complementarios -ya sea reglamentos, u otras disposiciones que regulen el tema ambiental en esta sede- o, cuando emitiéndolos, no presenta puntos de referencia idóneos para el derecho penal. Resultando por tanto que, se sancionen -en mi opinión- penalmente comportamientos que *a priori* estarían permitidos.

Sirviéndonos de un lenguaje más sencillo, esa poca formalidad propia del ordenamiento administrativo -ya sea de su procedimiento de emisión de actos administrativos, como de otras formalidades- hace que, necesariamente el Derecho penal, pueda actuar en situaciones donde no corresponde, ello además de que, muchas veces las leyes penales en blanco queden sin aplicación⁷⁹.

⁷⁷ De modo similar, GONZÁLES GUITIÁN, L., *cit.* p. 122. El citado autor cita el trabajo de TIEDEMANN-KINDHÄUSER, NStZ, 1988, p.342.

⁷⁸ *Ídem.*

⁷⁹ *Ídem.*

Otro inconveniente de este modelo se da con el hecho de dar a la administración esa *libertad*, en términos jurídicos, para determinar cuándo se produce la infracción administrativa y, por ende, una de las condiciones necesarias para que intervenga el Derecho penal. Así, la administración –o mejor dicho nuestra administración pública- tendrá esa potestad exorbitante de seleccionar las denuncias presentadas, conductas prohibidas a determinar si se trata de su competencia o del fuero penal. En tal sentido, se pensará que si tenemos este modelo, todo el bloque de regulación administrativa deberá tener necesariamente un alto nivel de formalidad, ello para que pueda legitimar la actuación del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos. A su vez, se exigiría que, se cuente con normativa administrativa de media y alta madurez legislativa; circunstancias que escasamente aparecen en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, se puede concebir otro inconveniente, se trata del conocimiento técnico en temas ambientales. Y con ello, la falta de formación de funcionarios públicos en esta materia, en países de una tradición jurídica joven.

4. Toma de postura

Después de tener en cuenta las formas de vinculación existentes entre el derecho penal y el derecho administrativo, nos corresponde hacer nuestra una postura. Al respecto, el modelo de un derecho penal relativamente dependiente del derecho administrativo, es el que más se ajusta al correcto funcionamiento de los niveles de coordinación entre el derecho penal y el derecho administrativo. Ello en tanto que, por un lado mantienen incólumes sus funciones propias y, por otra subraya esa necesidad que tiene el derecho penal de instrumentalizar al derecho administrativo. De ese modo, puede cumplir mejor su función articulando esquemas que *per se*, muestran un alto grado de coherencia con el cumplimiento de principios de legalidad, culpabilidad, necesidad, entre otros. Y, de manera gráfica, tanto el legislador español, como el colombiano, y el peruano, además de otros respetuosos de esta tradición

tipificadora han optado por este modelo, ya sea por la conveniencia que conlleva su uso, como por otros factores a los que se ha hecho mención anteriormente.

Una vez reconocida esta necesidad de relación entre el derecho penal y el derecho administrativo en un grado relativo, esta relación puede darse de tres modalidades, atendiendo a *la naturaleza y el contenido del elemento administrativo de remisión*. Estas son: Accesoriedad de acto, accesoriedad de derecho o norma y accesoriedad de conceptos administrativos. Pero, antes de pasar al desarrollo de esta exposición, conviene precisar que la accesoriedad en la protección penal del medio ambiente solamente podría resultar correcta cuando, la vinculación del Derecho penal con los ordenamientos extrapenales se deba a una protección institucional. Es decir, cuando se trate de asegurar penalmente el funcionamiento o los efectos de la regulación de determinadas instituciones sociales reguladas administrativamente.

D. Modalidades de relación entre el derecho penal y el derecho administrativo. Perspectiva ambiental

Según lo desarrollado hasta aquí, tenemos claro que la protección ambiental es cambiante y, por tanto, las normas administrativas que conducen su protección necesitan ir adaptándose a esos cambios. De lo contrario, no se podrá proteger el medio ambiente, ni tampoco responder a las consecuencias negativas que se derivan de ello.

Pues bien, antes de esbozar las ideas principales de esta distinción, es necesario hacer una breve mención de una de las primeras clasificaciones de la mano de HERO SCHALL⁸⁰, que distinguía entre Accesoriedad conceptual (*Begriffliche Akzessorietät*), Accesoriedad de derecho administrativo (*Verwaltungsrechtakzessorietät*), y Accesoriedad

⁸⁰ URRAZA ABAD, J., *cit.* p. 1583. El citado autor hace referencia a la clasificación que plantea el profesor SCHALL en su obra fenomenología de la accesoriedad administrativa. *Vid.* en su trabajo *Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit*, 1990, p. 1265 y ss.

de acto administrativo (Verwaltungsaktakzessorietät). Del mismo modo, hacen una clasificación los profesores OTTO y KINDHÄUSER⁸¹ en base al mismo criterio. Y, en orden a esta exposición, se debe tener claro que, pueden ser usados indistintamente por el legislador, uno u otro tipo de accesoriadad, pero para ello, se tendrá que implementar una serie de criterios formales y materiales que ayuden a su determinación.

Sin entrar en mayor detalle, se puede recoger de manera panorámica algunas consideraciones que resultan de utilizar una u otra relación de accesoriadad. (ya está claro que no son excluyentes). Ahora bien, el Profesor SILVA SANCHEZ señala que, existe la necesidad de afirmar la atipicidad de los actos de contaminación que impliquen el peligro abstracto para el bien jurídico protegido en el delito de contaminación ambiental, en los casos en que dichos actos no estén prohibidos por la normativa administrativa. Del mismo modo, existe un peligro de la relación de accesoriadad, pues puede terminar aplicándose el delito de contaminación ambiental, exigiéndose sólo la infracción de los baremos de emisiones o vertidos fijados en la normativa administrativa⁸².

Ahora bien, en el desarrollo del presente, iremos planteando los inconvenientes que resultan de aplicar una u otra tipo de accesoriadad, o dos a la vez, -aún si son posibles las tres- en relación a la protección penal ambiental.

1. Accesoriadad de concepto administrativo (Begriffliche Akzessorietät)

⁸¹ Vid. MARTOS NÚÑEZ, J., *Derecho Penal Ambiental*, Exlibris Ediciones, Madrid, 2006. p. 260. Este autor recoge esta clasificación en OTTO, HARRO, *Grundkurs Strefrecht, Die einzelnen Delikte*, Berlín, 2002, p. 445 y ss., KINDHÄUSER, U. *Strafgesetzbuch, Lehr-und Praxiskommentar*, Baden- Baden, 2001, p. 1204.

⁸² Vid. SILVA SÁNCHEZ, J., “Protección Penal...”, *cit.* p. 1718.

En relación a este tipo de accesoriedad, diremos en primera línea que el derecho penal del medioambiente asume –o más bien importa- los conceptos desarrollados por el derecho administrativo, al existir una conexión material en la que hay que favorecer la seguridad jurídica. No obstante, la interpretación del delito se haga por regla general conforme a los fines de las normas penales⁸³. Como segunda idea, podemos señalar que esta adopción que hace el derecho penal está justificada por la coincidencia del objeto de regulación con normas administrativas especializadas⁸⁴.

Y en tercer orden, el juzgador penal tiene en este tipo de remisión, mayor libertad de interpretación debido a que, al servirse de conceptos administrativos (especializados) tendrá en sus manos que adaptarlos en el caso en concreto. Y, de ese modo poder sancionar penalmente al sujeto infractor.

A esta modalidad de accesoriedad, se le sumaron críticas en el plano funcional, respecto a las diferentes finalidades que persigue la norma penal y la norma administrativa, en tanto pueden crear divergencias en los contenidos y definiciones de los conceptos⁸⁵. Sin embargo, al hacer estas acotaciones no se tomaron en cuenta que el derecho penal seguía teniendo su finalidad propia y lo único que hace es servirse de conceptos administrativos para cumplir mejor su función. Observando desde una otra distancia, se encontró otra deficiencia en relación del contenido de dichos conceptos, pues éstos se entienden penalmente de forma diferente que en la respectiva norma especial⁸⁶. Es, por ello, que lo recomendable sería tener una conceptualización lo más unitaria posible, tanto por razones de claridad normativa, como por el principio de seguridad jurídica. La deficiencia acotada, atraviesa esta modalidad de accesoriedad, además por el carácter multidisciplinar, meta-jurídico y sistemático del problema ambiental en sí mismo concebido, por ello resulta aconsejable garantizar cierta unidad en la

⁸³ *Vid.* MARTOS NÚÑEZ, J., *cit.*, p. 260.

⁸⁴ En sentido similar, URRAZA ABAD, J., *cit.*, p. 1582.

⁸⁵ MARTOS NÚÑEZ, J., *cit.* p. 261.

⁸⁶ En la misma dirección, URRAZA ABAD, J., *cit.*, p.1583.

interpretación de los conceptos técnico- científicos en la materia ambiental.

Ahora bien, con la intención de encontrar soluciones mediatas a estas críticas, en el ordenamiento peruano, se ha intentado atajar esta carencia de unicidad de interpretación con lo dispuesto en el Artículo 149° de la Ley General del Medio Ambiente⁸⁷. En este dispositivo legal se establece la exigencia de un informe técnico emitido por la autoridad administrativa en la materia, recogiendo los baremos administrativos defraudados, para que el persecutor penal pueda seguir una interpretación de los elementos típicos comunes conforme con lo dispuesto en el ámbito administrativo ambiental.

⁸⁷ **Artículo 149.- Del informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental.** 149.1 En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación 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. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días, contados desde la recepción del pedido del fiscal de la investigación preparatoria o del juez, bajo responsabilidad. Dicho informe deberá ser meritulado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.

2. Accesoriedad de leyes o derecho administrativo (Verwaltungsrechtsakzessorietät)

En esta relación de accesoriedad se hace depender el Derecho penal de las normas jurídicas administrativas en materia ambiental. Aquí, es posible distinguir una perspectiva estricta de otra amplia. La primera, indica que la accesoriedad expresa, formal o material, excluye los actos administrativos. La segunda conserva, en cambio que, la relación de accesoriedad abarca los actos administrativos al estar regulados, en su existencia y condiciones por la normativa administrativa⁸⁸.

La accesoriedad de leyes es la más común de las técnicas del legislador, en tanto el derecho penal parte de preceptos de derecho administrativo, a través del recurso a las normas penales en blanco, requiriéndose para la actuación penal una previa contravención de la norma administrativa. En nuestro trabajo este modelo es consustancial a la técnica de las llamadas leyes penales en blanco. Observando del mismo modo su utilidad, en cuanto a política legislativa, puede añadirse que una de muchas ventajas de este sistema es que permite al Derecho penal reaccionar frente al rápido cambio de las circunstancias económicas, evolución técnica y conocimientos científicos de una forma flexible.

En tal orden, la accesoriedad de normas o derecho administrativo es objetivamente necesaria y también dogmática, dado el básico reconocimiento de la prioridad administrativa a la hora de decidir cuál es el campo de protección de los bienes medioambientales⁸⁹.

Sobre las desventajas en este modelo corresponde a nuestro criterio definir que el mismo no presenta dificultades mayores en cuanto a niveles aplicativos prácticos, sin embargo muchas veces la legislación administrativa es amplia y especializada que requiere de una delimitación y un minucioso estudio en cada caso concreto.

⁸⁸ En el mismo sentido, FUENTES OSORIO, J., *cit.* p. 724.

⁸⁹ En sentido similar, URRAZA ABAD, J., *cit.* p. 1583. Este autor hace referencia al trabajo de HERO SCHALL, *Umweltschutz durch Strafrecht. Anspruch und Wirklichkeit*, 1990, pp. 1266.

3. Accesoriedad de acto administrativo (Verwaltungsaktakzessorietät)

A primera vista, este modelo de accesoriedad consiste en la dependencia del derecho penal ambiental de las decisiones individuales de las autoridades administrativas⁹⁰. También, se puede entender esta clase de accesoriedad como aquella que se refiere a disposiciones individuales de las autoridades⁹¹. En tal sentido, esta accesoriedad se produce cuando la realización de los tipos legales requiere una acción sin autorización o en contra de lo autorizado por la Administración⁹², así ésta señala que la remisión expresa, formal o material, se limita a actos administrativos concretos⁹³.

Luego de aproximarnos a algunos conceptos acuñados por la doctrina, se puede interpretar los casos de accesoriedad de acto administrativo en dos formas: i.) Como un elemento típico de contextualización de la conducta penalmente relevante y/o ii.) Como un criterio de especificación de la conducta prohibida. Así podemos entender, que la primera forma configura simplemente un elemento más del tipo penal, mientras que, la segunda forma de accesoriedad administrativa de acto, constituye una forma de ley penal en blanco⁹⁴.

Dicho lo anterior, entendemos que en el caso que la remisión al acto administrativo se haga para *especificar un elemento típico*, el juez penal estará vinculado a este acto como un criterio de especificación, sin poder realizar una interpretación que vaya más allá de lo establecido en el acto administrativo. Por su parte, en el supuesto que el acto

⁹⁰ En el mismo sentido URRAZA ABAD, J., *cit.* p. 1584.

⁹¹ *Ídem.* El citado autor usa esta definición del trabajo de KUHLEN, *Umweltstrafrecht- auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, 1993, p. 706.

⁹² *Vid.* MARTOS NÚÑEZ, J., *cit.* p. 261. Este autor se remite al trabajo de KINDHÄUSER, U. *Strafgesetzbuch, Lehr-und Praxiskommentar*, Baden- Baden, 2001, p 1204 y ss.

⁹³ *Vid.* FUENTES OSORIO, J., *cit.* p. 725.

⁹⁴ GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2008, Grijley, Lima, p. 234.

administrativo se constituya como un *elemento típico de contextualización del delito respectivo*, si cabe admitir la posibilidad de una apreciación crítica del juez penal, en tanto su actividad interpretadora no se encuentra vinculada al contenido del acto administrativo⁹⁵.

En este tipo de accesoriedad, desde luego, ha sido objeto de críticas en la medida que no era lo suficientemente viable a efectos de producir seguridad jurídica. Las autorizaciones tienen efectos individuales y el tipo penal, al recoger éstas como elementos del tipo, estaría protegiendo penalmente situaciones de carácter individual, cuestión que no es compatible con la función social-general que cumple el derecho penal. Y, con el mismo sentido, KESSAL señala que este tipo de accesoriedad supondría una usurpación ilícita del ejecutivo en el poder legislativo y en el judicial⁹⁶. También, el carácter inaceptable de esta técnica en la medida que el recurso a esta clase de remisiones no podría dar lugar sino a un Derecho penal de corte individual, construido a la medida de cada sujeto infractor y absolutamente indeterminado *a priori*, rompiendo con principios constitucionales tan arraigados y unánimemente admitidos en el Derecho penal como el de legalidad o seguridad jurídica⁹⁷.

A manera de atajar la anterior crítica, cabe esclarecer que tanto una relación de accesoriedad como la otra es mejor, en tanto el legislador al momento de aplicar el tipo penal ambiental, tiene entre sus posibilidades estas diferentes modalidades de accesoriedad. Es por ello que coexisten las tres modalidades en la mayoría de ordenamientos europeo continental, pues suponen buenas decisiones legislativas en países con mayor tradición jurídica. Pero, esto no busca convencer al lector, de que el problema está resuelto, utilizando argumentos circunstanciales o positivistas. Por ello, es preciso sostener que el derecho penal siempre actúa en ámbitos específicos (clases de infractores, clases de conductas contaminantes, clases de afectación a bienes jurídicos) y por ende sanciona conductas que presentan determinados elementos definidos por el legislador. De tal modo, el juez penal puede perfectamente apartarse de

⁹⁵ *Ibidem*, p.235

⁹⁶ URRAZA ABAD, J., *cit.* p. 1583 y ss. Este autor cita esta crítica en HORST-DIETER KESSAL, *Umweltschutz durch Strafrecht*, 1987, p. 16.

⁹⁷ *Ídem*.

un acto administrativo, hasta el extremo de declararlo nulo, cuando tiene en su ámbito de competencia al sujeto infractor que se le imputa la comisión de un delito. Ello se apoya en un básico principio: La actuación administrativa está sometida al control judicial y el juez puede declarar nulo el acto administrativo, frente a cualquier argumento de la defensa usada por el infractor sobre la licitud de su autorización.

De este modo, consideramos que cuando se afirma que un modelo es más viable que otro constituye una falacia, ello en cuanto los tres nos son útiles a la hora de que el juez penal sanciona una conducta penal ambiental. Para cerrar la breve exposición, recogemos un esbozo de la Profesora HERRERA, en la que se confirma la necesidad del derecho penal de recurrir al derecho ambiental administrativo con base en parámetros técnicos, el nivel de tolerancia social y jurídica de la actividad sobre el medio ambiente. Así, pues, solo una concepción accesoria (acto, concepto y ley) del Derecho penal medioambiental será eficaz para la protección del ámbito asignado para aquel⁹⁸. Una actuación unitaria (entendida como una coordinación entre el derecho penal y el derecho administrativo) es necesaria para ver de cerca el papel subsidiario del derecho penal que actúa en este marco, solo ante aquellos ataques al bien jurídico que resulten más graves o más intolerables, porque ante las lesiones de menor gravedad debe intervenir el derecho administrativo sancionador⁹⁹.

⁹⁸ En ese sentido, HERRERA GUERRERO, M., “Derecho penal medioambiental y accesoriad administrativa en la configuración de algunos delitos del Código Penal español: inconvenientes y propuestas de solución”, en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, derecho procesal y penitenciario*, n° 76, 2010, p.49.

⁹⁹ *Ibidem*, p.50.

CAPÍTULO III. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Después de habernos detenido con especial atención en los modelos de accesoriadad entre el Derecho penal y el derecho administrativo, nos compete analizar el delito de contaminación ambiental en el ordenamiento peruano, además del análisis del injusto penal para poder identificar ante qué tipo de accesoriadad estamos y también para poner de relieve las ventajas que demanda haber optado por un determinado modelo. Finalmente, nos ocuparemos de la cuestión de si esta técnica sigue en la misma línea del mandado de certeza y como la misma puede compatibilizarse con el principio de legalidad.

A. Un análisis general del delito de contaminación ambiental

En líneas generales, la contaminación ambiental se produce cuando el hombre introduce en el ambiente directa o indirectamente agentes físicos, químicos, biológicos o una combinación de éstos; en cantidades que superan los límites máximos permisibles o que permanecen por un tiempo tal que hacen que el medio receptor adquiera características diferentes a los originales, resultando perjudiciales o nocivas para la naturaleza, la salud humana o las propiedades¹⁰⁰. Pues bien, en el ordenamiento peruano el Artículo 304° del Código Penal establece lo siguiente:

Artículo 304. *“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”.*
[Énfasis añadido]

Parece oportuno que, antes de analizar los elementos que conforman el tipo penal así como la naturaleza del mismo, precisar que la intención del legislador fue la de hacer un tipo penal unitario, en el cual

¹⁰⁰ Vid. ANDALUZ WESTREICHER, C., *Manual de Derecho Ambiental*, 3era ed, Editorial “Iustitia”, Lima, 2011, p.41.

no se proteja sólo un elemento del medio ambiente ante una forma de contaminación, sino a sus distintos elementos del medio ambiente y a frente a diversas formas de contaminación. Esta novedad podría traer muchas ventajas. Sin embargo, su ambigüedad se hace presente al momento de su aplicación.

Lo siguiente es observar que, en este tipo penal, el legislador ha cerrado el círculo de elementos que comprende el medio ambiente en tanto ha hecho una mención expresa de cada uno de ellos. En efecto, quedan excluidos de la consideración de medio ambiente tanto los elementos culturales (costumbres, folklore, otros), como los artificiales (viviendas y otros elementos creados por el hombre).

En cuanto a su estructura interna, el presente tipo penal está compuesto por dos niveles de remisión normativa; el primero de ellos hace referencia a los tipos de contaminación que no estarían permitidos establecidos en leyes, reglamentos o límites máximos permisibles en relación con el medio ambiente y sus componentes y, el segundo de ellos, está constituido por el resultado de perjuicio, alteración o daño grave en relación con la calidad ambiental y la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

En ese orden de ideas, el primer parámetro tiñe distinto nuestro delito de contaminación ambiental en el Código penal peruano de su homólogo en el Ordenamiento Español. El cual, solo hace referencia a *leyes y otras normas de carácter general* protectoras del medio ambiente¹⁰¹.

¹⁰¹ **Artículo 325 del Código Penal Español de 1995:** “Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las

En ese sentido, cualquier comportamiento que pase el primer umbral (infringir la normativa legal y reglamentaria, o los límites máximos permisibles) y no revista la suficiente gravedad requerida por la autoridad ambiental no será castigada penalmente, sino sólo en sede administrativa, además de la constatación de otros elementos del tipo penal. Esta dependencia puede calificarse como parcial y dinámica al ordenamiento administrativo sectorial¹⁰².

Decimos que es dinámica, porque las necesidades de protección ambiental en nuestro ordenamiento se ajustan a los cambios que se producen en el medio ambiente, y parcial porque lo hace en una parte del tipo penal. De ese modo, al haber sido integrada en el tipo penal la norma administrativa, esta última de igual modo pasará a ser norma penal. Como consecuencia de ello, la interpretación que se haga de la norma administrativa (ahora penal, aunque no de modo absoluto) será diferente en lo que concierne a la aplicación de los principios de orden penal. Ahora, pues, se aplicarán los principios de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos y de la retroactividad de las disposiciones favorables¹⁰³.

Lo anterior, puede cerrar el presente diálogo inmediatamente, sin embargo es necesario poner de manifiesto, que debemos evitar entender a la contravención de la norma administrativa como un elemento del tipo se configure como una condición objetiva de punibilidad, respecto de la cual se pueda respaldar la no exigencia de constatar el dolo¹⁰⁴.

personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.”[Énfasis añadido] Esta no es una diferencia meramente formal, trae importantes consecuencias en torno a la configuración de ilícito penal: La consecuencia más palpable es la aplicación de otra normativa externa, a saber por ejemplo los Tratados de la Comunidad Europea, Reglamentos europeos, directivas de la Unión Europea en materia ambiental, entre otros instrumentos protectoras del medio ambiente. *Vid.* También en SILVA SÁNCHEZ, J., *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 56.

¹⁰² *Vid.* En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, J., *Delitos contra el...*, *cit.* pp. 57 y ss.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 59.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p.71 y ss.

1. El bien jurídico

Para un correcto análisis del estudiado ilícito penal, es esencial ocuparnos del bien jurídico protegido y del objeto que lo representa¹⁰⁵. En primer orden, podemos señalar que se protege los elementos del medio ambiente (medio ambiente y sus componentes, y la enumeración que se detalla), en la medida que afecten a presupuestos relacionados con la existencia del hombre (calidad ambiental, salud ambiental). Ello nos lleva afirmar, desde una posición antropocéntrica moderada, que en el precepto citado, el bien jurídico será el equilibrio del ecosistema en cuanto a que se protege esa relación que tienen los elementos del medio ambiente con la salvaguarda de las posibilidades de existencia del ser humano.

Como segunda consecuencia, el objeto de representación del bien jurídico entendido como el sustrato material, en el cual el tipo penal encuentra su fundamento, estaría comprendido por los elementos del medio ambiente que lo conforman. Decimos ello, en cuanto se corresponde con las acciones que afectan al medio ambiente, lo hacen a sus elementos ya sea en una forma u otra.

En esa perspectiva, los dos rasgos anteriores denotan al tipo penal del delito de contaminación ambiental, como producto del derecho penal moderno, en tanto se pretende proteger bienes jurídicos colectivos, en contraste con los modelos clásicos de delitos de lesión de bienes jurídicos individuales, de modo que las exigencias de imputación jurídico-penal se vean relajadas al momento de encontrar responsables. Lo siguiente será analizar la conducta típica del delito de contaminación ambiental para

¹⁰⁵ Concepto al cual en páginas anteriores hemos aludido a su carácter altamente influenciado de una posición antropocéntrica moderada puesto que está comprendido por el equilibrio de los ecosistemas o como es llamado por la doctrina dominante “*equilibrio ecosistémico*”, que no es otra cosa que un estado de relación de los elementos del ecosistema (partes integrantes) que permite y hace posible la vida, configurándose como condiciones óptimas e indispensables para el desarrollo del hombre.

poder identificar cuando las conductas infractoras se encuentran dentro del presente tipo penal.

2. La conducta típica

Teniendo claridad sobre el bien jurídico y el objeto que lo representa, podemos identificar la estructura externa del tipo penal. Consideramos como primeras ideas, que se trata de un delito mixto, puesto que, en éste concurren varias modalidades de realización. Además, se trata de un delito de peligro (resultado de peligro), por el contrario a los delitos de mera actividad, puesto que requiere para su configuración un conjunto de comportamientos (provocar o realizar descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes) que puedan causar un perjuicio, alteración, daño grave según calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

Para precisar detalladamente el carácter peligroso de la conducta típica del delito de contaminación ambiental, es conveniente distinguir entre los delitos de peligro (abstracto y concreto), y los delitos de peligro hipotético que a su vez, vendrían a ser una subcategoría de los delitos de peligro abstracto.

En síntesis, los delitos de peligro¹⁰⁶ son aquellos en los cuales la conducta sancionada penalmente crea un estado de peligro al bien jurídico y son previstos por el legislador para prevenir sus posibles

¹⁰⁶Vid. También los trabajos de MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, España, 2001, 523p.; MENDOZA BUERGO, B., “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, N° 9, 2002, pp. 39-82.; HIRSCH, H., “Sistemática y límites de los delitos de peligro”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, n°9-10, 2009, pp. 157-181.; KINDHÄUSER, U. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal” [en línea] Trad. Nuria Pastor Muñoz, *Indret: Revista para el análisis del derecho*. Barcelona. 2009, pp. 1-19. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf> [Consulta 10.08.2014].

efectos resultantes. Dentro de aquellos, se puede distinguir: de peligro abstracto, peligro concreto. Los *primeros* están comprendidos por conductas que en sí mismas son peligrosas y que, según las leyes generales y leyes de la experiencia, normalmente producen un resultado, pero éste no se produce. Se realiza por tanto, un análisis *ex ante* de la conducta que situándola en una premisa general encuentra su correlación. En estos tipos delictivos, el operador jurídico tiene encomendada la labor exclusiva de verificar que determinado comportamiento encaje en la premisa general tipificada, sin hacer mayor esfuerzo de analizar las condiciones presentes en el caso concreto.

Los *delitos de peligro concreto*, por su parte, son aquellos en los cuales la conducta es en sí misma peligrosa y lleva además un resultado de peligro: la puesta en peligro del bien jurídico, el cual está presente en la circunstancia espacio-temporal donde se da la acción. De ese modo, está expuesto a una lesión. Sin embargo, por circunstancias extrañas y ajenas a la voluntad del actor, la lesión no se produce. Aquí las acciones ponen en peligro real y concreto al bien jurídico protegido.

Los delitos de *peligro abstracto* pueden distinguirse a su vez como delitos de peligro abstracto-concreto o peligro hipotético y delitos acumulativos. Los delitos de peligro abstracto-concreto o peligro hipotético son aquellos en los cuales la conducta es, en sí misma, peligrosa *ex ante* y, tienen la suficiente aptitud lesiva para lesionar el bien jurídico protegido que, en la situación espacio-temporal no se encuentra presente. Este tipo de conductas no solo encajan en un supuesto general (delitos de peligro abstracto) sino que se hace un juicio de la conducta y su aptitud lesiva en el caso concreto. Desde luego, ha sido objeto de críticas por su complejidad, puesto que el examen o juicio de lesividad es poco claro, al no estar presente el bien jurídico y, por suponer un peligro estadístico. Cuestiones que, han sido distantesmente atajadas por un sector minoritario de la doctrina, que defiende su utilidad para los delitos de contaminación ambiental.

En otro lado, los delitos acumulativos son aquellos que para su consumación es necesario la presencia de otras conductas que se encaminen en la misma dirección. En este supuesto, la conducta prohibida no es –de forma aislada– capaz de producir el resultado

penalmente previsto, puesto que, necesita de otras conductas esperadas normalmente para que se produzcan las consecuencias penalmente prohibidas. Y, son previstas por el legislador porque son esenciales para que se produzcan resultados que afectan bienes jurídicos supraindividuales, y porque es esperable normalmente que, existan conductas alrededor, que unidas a las primeras produzcan un desequilibrio en el medio ambiente.

Después de determinar, brevemente, las categorías de los delitos de peligro, podemos señalar que éstos han sido bien vistos por la doctrina penal para proteger el medio ambiente y así lo han hecho diversos ordenamientos penales. Nuestro país no es una excepción, lo que no queda claro es qué delito de peligro ha sido asumido por el legislador penal nacional. La respuesta a esta pregunta no es tan fácil como parece. A nuestro entender, debe hacerse una diferenciación entre las conductas contaminantes. Por decirlo así, cuando la conducta contaminante está referida al medio ambiente y, a sus componentes estamos frente a un delito de peligro concreto, pues cuenta con un referente material con el cual evaluar el peligro concreto. Pero cuando la conducta contaminante está referida a la calidad ambiental y salud ambiental, entonces el tipo penal asume la estructura de un delito acumulativo.

De todo lo dicho, se puede inferir que se ven justificadas las exigencias del derecho penal en tanto cumple con el aclamado principio de *intervención mínima* y con la característica de *última ratio* como límite a la injerencia punitiva del Estado. Ahora nos ocupa examinar de cerca, si esta técnica empleada por el legislador es legítima respecto de otros principios fundantes del derecho penal.

B. Análisis de la compatibilidad de la remisión normativa del delito de contaminación ambiental con el principio de legalidad

Básicamente son tres los aspectos vinculados administrativamente utilizados para la tipificación del delito de contaminación ambiental, los conceptos valorativos, conceptos normativos y la remisión expresa de este delito a normativa extrapenal de corte medioambiental (derecho administrativo). También la doctrina mayoritaria se ha decantado en cuanto esta remisión se puede hacer de modo inverso, es decir existen disposiciones administrativas que hacen mención a una conducta típica, para que inmediatamente se active el aparato penal. En el presente apartado por tanto, analizaremos la remisión normativa, en tanto se une con la dirección de este trabajo y porque está previsto así en el delito de contaminación ambiental en el Código Penal Peruano.

Vale la pena advertir, cuando hablamos de remisión expresa de delitos a normativa extrapenal estamos hablando de las leyes penales en blanco, las cuales pasaré a delimitar conceptualmente, así como a verificar esa armonía que debe existir con el principio de legalidad a fin de poner de relieve su legitimidad.

1. Las leyes penales en blanco. Una aproximación conceptual

En orden a este trabajo, es inevitable remitimos a la historicidad y terminología acuñada por conocidos doctrinarios. BINDING, denominó a las leyes en blanco como “Blankettstraffgesetze”¹⁰⁷, aludiéndose a un supuesto singular de técnica legislativa. Si bien es frecuente que las proposiciones jurídicas no formulen una norma completa, siendo necesario recomponerla a través de la integración de los fragmentos de la

¹⁰⁷ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Parte General*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2009, p. 359. Este autor se remite al trabajo de BINDING, K. *Die normen und ihre Übertretung*, 3era ed. Leipzig, 1916, p. 71 y ss.

misma dispersos en el articulado del texto legal, la técnica de las leyes en blanco suponen un paso más.

En efecto, en ellas la disposición deja total o parcialmente sin expresar el supuesto de hecho y se remite a otras disposiciones que han de cubrir dicho vacío. Se trata pues, de una particularidad estructural fácilmente perceptible, porque afecta a la faceta externa de la ley¹⁰⁸. En definitiva, la concepción *bindigniana* se puede entender como la delegación en una autoridad inferior (administrativa, regional, etc.) la definición de la parte de la conducta típica¹⁰⁹.

De modo similar, puede entenderse como un tipo penal muy genérico, en palabras de FIANDACA, similar a un recipiente vacío, derivando de ello que la efectiva determinación del hecho que constituye el delito se le atribuya, al fin de cuentas, a la misma autoridad administrativa¹¹⁰.

MAURACH, conservando el mismo sentido, señala que en las llamadas leyes penales en blanco el legislador federal se limita a la determinación de una “amenaza de pena”, pero deja la formulación de los tipos, “el llenado del blanco”, a otras instancias como por ejemplo las autoridades centrales de la administración federal o las autoridades administrativas, y también autoridades extranjeras¹¹¹.

Y también, en la misma línea conceptual, MESTRE afirma que en las leyes penales en blanco, el legislador penal tipifica delitos cuyo

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 360.

¹⁰⁹ Vid. GARCÍA ARAN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, 1992-1993, n°16, p. 70. La citada autora recoge esta definición de BINDING, K. *Die normen und ihre Übertretung*, 3era ed. Leipzig, 1916. p. 161 y ss.

¹¹⁰ En sentido similar, FIANDACA, G., *Derecho Penal. Parte General*, 4ta ed., Trad. Luis Fernando Niño, Temis, Bogotá, 2006, p. 84.

¹¹¹ Vid. MAURACH, R., *Derecho penal. Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, 7ma ed., Trad. BOFFIL GENZSCH, J Y AIMONE GIBSON, E., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, , 1994-1995, p. 134.

supuestos de hecho quedan remitidos (con remisiones de distinto alcance) a otras instancias normativas, en todo caso de rango inferior al legal¹¹².

De las cuatro concepciones brevemente recogidas, inferimos que se presta una especial atención a la delegación que se hace sobre la autoridad administrativa para completar el tipo penal. Es decir, resulta de especial importancia el papel de la autoridad administrativa, ello como rezago –entre muchas otras- a las circunstancias en que se originó esta técnica¹¹³. Pero, sin olvidar la intensión de este trabajo, conviene tener claro que, si bien nació la ley penal en blanco, como idea de una ley incompleta, hoy no más se puede aceptar dicho planteamiento, en tanto vulneraría el principio de legalidad y haría inseguro nuestro sistema penal.

Distanciándonos de los rasgos históricos, –ahora desde una perspectiva centrada en las leyes penales en blanco- podemos distinguir entre las leyes penales en blanco en *sentido amplio* y en *sentido estricto*. En el sentido amplio, el supuesto de hecho o presupuesto viene recogido en una norma de carácter no penal. Por su parte, en su sentido estricto corresponde a aquellas que se remiten a una norma extrapenal de rango inferior, que de esta forma intervienen en la definición de la conducta prohibida.¹¹⁴ Para entender esta distinción, pasaremos a identificar entre supuesto de hecho o precepto y sanción, entre norma sancionatoria y norma complementaria.

En el primer caso, las leyes penales en blanco –en su concepto clásico- se caracterizan porque contienen solo la sanción, mientras que el presupuesto o supuesto de hecho ha de buscarse en otro lugar (instrumento normativo). Por su parte, la distinción entre norma sancionatoria y norma complementaria se ha usado también para explicar que la ley completa solo tiene lugar con la concurrencia o acoplamiento de ambas normas, que al integrarse forman un único precepto. Por lo tanto, si la ley “complementaria” cambia, también la ley penal en blanco

¹¹² Vid. MESTRE DELGADO, E., “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, N°2, 1988, p. 507.

¹¹³ Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *cit.* p. 361.

¹¹⁴ En el mismo sentido GARCÍA ARAN, M., *cit.* p.66.

lo hará con todas sus consecuencias en orden a la problemática de la aplicación de la ley.¹¹⁵

Sin salir de esta idea, una clasificación que ofrece mayores ventajas académicas distingue entre ley penal impropia y ley penal propia: la primera hace referencia a los casos en que el complemento normativo se encuentra en normas con rango legal (puede encontrarse en leyes penales o en otras leyes), la segunda, por su parte, hace referencia a los casos en que las leyes penales en blanco tienen su complemento normativo en normas de rango inferior al legal, es decir de rango reglamentario (en tanto son producción cotidiana de Administración pública).

Sobre esto, más adelante volveremos, cuanto importa para verificar la compatibilidad con el principio de legalidad y el mandato de determinación.

Ahora bien, podríamos anotar un sin número de características adicionales, con el propósito de redefinir el concepto antes elaborado por la doctrina sobre las leyes penales en blanco. Sin embargo, considero más útil en relación con el presente, desarrollar las más significativas en lo concerniente a su *contenido*.

Lo más esencial, es saber que éste último puede sufrir modificaciones manteniéndose el código intacto, o el tipo penal por consecuencia¹¹⁶, o dicho en palabras de BINDING que ésta prohibición puede cambiar completamente a lo largo del período de vigencia de la ley penal, de manera que, de *conformidad con la misma ley penal*, lo que ayer era una obligación mañana constituye delito, y lo que ayer costaba hasta dos años de prisión mañana es una obligación¹¹⁷.

¹¹⁵ Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *cit.* p. 362. Este autor se remite al trabajo de SCHMIDHÄUSER, E., Strafrecht, cit. p. 116 y ss.

¹¹⁶ Vid. SILVA SANCHEZ, J., “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables. El caso de las leyes penales en blanco”, en *Revista de estudios penales y criminológicos*, n°16, 1992-1993, p. 429. El citado autor recoge esta expresión de ANTÓN ONECA, *Derecho penal I*, PG, Madrid 1949, p. 89

¹¹⁷ *Ídem*

Con la misma importancia, este elemento del tipo que regula la norma extrapenal ha de integrarse definitivamente en el injusto, no es un enclave autónomo y ajeno a la materia de prohibición que pueda regirse por criterios y reglas propios de su ordenamiento de origen¹¹⁸, sino que, una vez integrado se rige por las reglas de la norma penal.

SILVA SÁNCHEZ al respecto, entra a este diálogo cuanto considera, que con tales manifestaciones se pretende poner de relieve que en las leyes penales en blanco se da la posibilidad de que sin una variación formal aparente de los términos del tipo penal, su contenido resulte modificado, bien en términos más restrictivos de la libertad individual, bien en términos ampliatorios de la misma, ello por la modificación de la normativa extrapenal de referencia¹¹⁹.

En esencia, las leyes penales en blanco una vez integradas son como cualquier otra norma penal, y que desde un punto de vista estructural, no plantearían ningún problema. Tan es así, que la norma penal en blanco sigue siendo norma penal, aun cuando necesite del complemento de normas extrapenales para determinar su presupuesto de hecho, trayendo como consecuencia que ha de ser interpretada con arreglo a las técnicas, categorías y exigencias propias de una norma que define delitos y establece las penas correspondientes. Para ponerle punto a este breve apartado, consideramos que, descubrir el alto relieve de esta característica, nos confirma su carácter de gran ayuda a la aplicación de tipos penales en materia medio ambiental, al constituirse como una fórmula imprescindible de apertura y coordinación del Derecho penal hacia los distintos sectores y subsistemas del ordenamiento, donde los nuevos bienes jurídicos emergentes encuentran su *prima ratio jurídica*¹²⁰.

Nos ocupa ahora continuar con el análisis sobre la compatibilidad de las leyes penales en blanco con uno de los postulados actuales de principios que orientan nuestro ordenamiento jurídico: el principio de legalidad.

¹¹⁸ De modo similar, *Vid.* también en GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *cit.* p. 364

¹¹⁹ SILVA SANCHEZ, J., “Legislación penal socio-económica...”, *cit.* p. 430

¹²⁰ *Vid.* En el mismo sentido, GONZÁLES GUITIÁN, L., *cit.* p.124.

2. El principio de legalidad en sede constitucional y penal. Una visión general

Existen una serie de principios que se configuran como límites al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, desde luego uno de los más importantes en nuestro ordenamiento y por la relación que tienen con las normas penales, es el *principio de legalidad*, el mismo que entre sus manifestaciones está *el mandato de determinación o taxatividad*.

En nuestra Constitución Política del Perú de 1993, se ha definido el Principio de legalidad en el Artículo 2.24.d), el cual establece:

Artículo 2.24.d). *“Toda persona tiene derecho a: la libertad y seguridad personales. En consecuencia: Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.* [Énfasis añadido]

En el Código Penal Peruano, entrado en vigencia en el año 1991 en su Título Preliminar numeral II se establece:

Artículo II Título Preliminar. *“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”* [Énfasis añadido]

Y en cuanto al nivel doctrinal, podemos recoger, acerca del principio de legalidad en sede penal que fue anunciado de la mano de FEUERBACH, quien en conexión con su *teoría de la coacción psicológica*, lo delimitó en el sentido de que para que a la pena pueda cumplir con la función de coaccionar psíquicamente sobre los ciudadanos, es preciso

que el delito y la pena aparezcan claramente descritos en la ley¹²¹. Desde esta óptica, la intención del principio de legalidad tendrá que precisar todos y cada uno de los supuestos de modo que el ciudadano tiene que saber lo que le está prohibido.

En el mismo diálogo, el profesor SAINZ CANTERO hace alusión al principio de legalidad como uno de los resortes limitadores del derecho de castigar del Estado y una exigencia de seguridad jurídica (el destinatario de la ley conoce mediante el respeto al principio lo que no se puede hacer -o debe hacer- y la pena que se podrá aplicar si lo hace –o sino lo hace-) y de garantía individual (el ciudadano no puede verse sometido al castigo si no está así previsto en una ley aprobada en un órgano legislativo por los representantes del pueblo). En ese sentido, el citado autor lo considera como una condición básica del Estado de derecho.¹²²

Del mismo modo, el profesor GARCÍA CAVERO considera al principio de legalidad como un mecanismo de previsibilidad objetiva, de forma tal que el legislador penal prevea de manera suficiente los datos objetivos o parámetros objetivos para que el ciudadano no sea sancionado arbitrariamente, de modo que el juez, sobre la base estos parámetros, podrá aplicar la pena correspondiente a determinados comportamientos cumpliendo con las expectativas de la norma. Ha señalado también, que la doctrina penal acepta de forma prácticamente unánime sobre el principio de legalidad, tiene cuatro manifestaciones: la reserva de ley, el mandado de certeza o determinación, ley previa y la prohibición de analogía¹²³ Sobre el mandado de determinación o de certeza, por ser de vital utilidad, volveremos más adelante.

Ahora bien, después de recoger breves esbozos de parte de la doctrina, pasaremos a identificar ciertos aspectos que el principio de legalidad en sede penal, se pueden distinguir dos subclases, *el primero* de

¹²¹ Vid. SAINZ CANTERO, J., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3era ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 39.

¹²² BARCO LECUSSAN, O., *El principio constitucional de legalidad y su aplicación en el Derecho Administrativo, Penal y Tributario*, *Gaceta Constitucional*, Lima, 2013, p.73.

¹²³ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *cit.* p. 98.

ellos es el principio de legalidad sustancial y puede entenderse como un axioma extrajurídico de defensa social en virtud del cual se sanciona con una pena o se somete a una medida de seguridad cualquier acción omisión o estado peligroso de una persona que vaya contra la sociedad o el Estado, y en *segundo orden* se encuentra el principio de legalidad penal formal, el cual es un axioma jurídico por el cual, ningún hecho puede ser considerado como delito sin que la ley anterior lo haya previsto como tal. La descripción del delito o situación peligrosa tiene que preceder al acto delictivo o al comportamiento peligroso. Se considera y castiga desde luego, como delito todo hecho que esté en la ley como tal. No se considera ni castiga los hechos que no estén en la ley, aun cuando esos hechos sean lesivos a la sociedad o al individuo¹²⁴.

En relación con los aspectos del principio de legalidad, se ha sostenido que se constituye una reserva normativa a la categoría de Ley Formal, reserva que, a su vez, se proyecta en cuatro diferentes manifestaciones de norma jurídico penal: a.) garantía criminal (*nullum crime sine lege*), b.) garantía penal (*nulla poena sine lege*), c.) garantía jurisdiccional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*), d.) garantía de ejecución conforme a la ley¹²⁵.

Ello no significa solamente, que pueda configurarse como garantía, porque tal reducción podría conllevaría olvidar, que nivel de exigencia es el requerido por tal principio, para sancionar comportamientos de manera objetiva y solo nos quedaríamos en el primer nivel. Deberá entenderse, por tanto, como una garantía y además como un mecanismo de previsibilidad objetiva para que el juez sobre la base de este, se encuentre impedido de sancionar comportamientos de manera arbitraria.

Una vez hecha la delimitación conceptual del principio de legalidad y muy brevemente los aspectos comprende, nos ocupa desarrollar una de sus manifestaciones, para que con ello pueda ser analizada su compatibilidad con las leyes penales en blanco, y en consecuencia verificada su compatibilidad con el delito de contaminación ambiental del Código Penal Peruano.

¹²⁴ En sentido similar, BARCO LECUSSAN, O., *cit.* p.73.

¹²⁵ *Vid.* URRAZA ABAD, J., *cit.* p.1584.

3. El mandato de certeza y las leyes penales en blanco

Resulta oportuno analizar la compatibilidad del uso de las llamadas leyes penales en blanco, así como su contraste con una de las manifestaciones del principio de legalidad, para encontrar el razonamiento capaz de mostrarnos la armonía que existe entre estos. Nos referimos evidentemente al mandato de taxatividad o determinación (*lex certa*), el cual con un carácter primario constituye un mecanismo que permite al ciudadano conocer qué conductas debe evitar realizar y las consecuencias jurídicas que tendría su realización (certeza)¹²⁶, y desde el punto de vista de la actuación del propio juez, le establece los parámetros objetivos para determinar si una conducta concreta constituye delito y la pena a imponer. En puridad, la exigencia del mandato de determinación o taxatividad constituye un límite a la decisión judicial en el caso concreto, en sentido de someterla a determinadas pautas objetivas establecidas previamente por la ley¹²⁷.

Luego de relacionarnos con los aspectos que comprende el mandato de certeza, parece ordenado cuestionarnos por el grado de determinación de éste, es decir hasta qué punto la conducta prohibida debe ser completamente cierta, descrita en el tipo penal. Según ello, no es viable un *grado absoluto de determinación*, por los inconvenientes que presenta como por el complejo lenguaje y las zonas poco claras que éste presenta, además de un centro de atracción de expertos criminales en búsqueda de realizar comportamientos no subsumidos dentro del tipo penal. Por contra, sería una propuesta anacrónica apoyar un *grado de determinación, más allá del general*, tipificando conductas generales sobre la base de los delitos de viejo cuño. Ello porque no sería eficaz en las sociedades modernas donde es exigible una mayor labor del juez para encontrar criterios que se adecuen a las nuevas formas de criminalidad.

¹²⁶ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *cit.* p. 103.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 104.

Resulta, en relación con los grados detallados, que sería una propuesta acertada e irrechazable, aceptar como razonable la exigencia del mandato de determinación en el grado de determinar todas las especificaciones *posibles* y por ende razonables. De ese modo, quedaría justificado, la función preventiva del Derecho penal, y ello conllevaría a decirle a los destinatarios de la norma, que conductas deben realizar o deben evitar llevar a cabo, así como la pena que le correspondería en caso de cometer el delito¹²⁸.

De la síntesis anterior, podemos observar que la determinación, como garantía ante la arbitrariedad, cumple con el establecimiento de criterios generales de decisión sobre la forma de actuación defraudadora de la norma (conductas prohibidas) y la medida de la pena (sanción a imponer) requerida para restablecer su vigencia¹²⁹. En tal sentido, ya podemos comprender más ligeramente, que esta manifestación del principio de legalidad, presenta ciertos grados de flexibilización necesarios, entre otras cosas, para hacer frente a nuevas necesidades de tipificación que plantean las sociedades modernas. Conservando el mismo sentido, también es necesario entender, que la determinación legal de los elementos esenciales de la conducta penalmente relevante, podría flexibilizarse en ámbitos especialmente dinámicos, si es que pretende ser un derecho penal eficaz y adaptado a los nuevos cambios. Uno de estos supuestos son las leyes penales en blanco en las cuales se exigirá una determinación mínima en la ley penal de los criterios de sanción, de manera que se impida la arbitrariedad por parte de los jueces al momento de sancionar¹³⁰.

Teniendo en nuestro entender el grado de determinación, del mandato de certeza, requerido para que las leyes penales sean eficaces y puedan responder a las nuevas formas de criminalidad. Traemos a colación la diferencia realizada líneas anteriores, con respecto a las leyes penales propias e impropias, para analizar su coherencia con el mandato de certeza en sus grados de determinación.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 105.

¹²⁹ *Ídem*.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 106

En las leyes penales impropias, se puede observar una ley penal y una ley especial extrapenal, es decir el complemento normativo tiene rango legal, y una vez ya integradas las dos leyes son pasibles de una lectura conjunta y así, se puede determinar suficientemente la conducta prohibida, de manera que no se habría contravenido el mandato de certeza. Por contra, en el caso de las leyes penales en blanco propias (como apareció en sus orígenes) su estructura está conformada por una ley penal y un complemento normativo de rango inferior (normas con rango reglamentario), sobre las cuales un sector de la doctrina las califica negativamente. Entre sus posturas, resalta que tal proceder deja en manos de la Administración los criterios para decidir un cierto grado de lo penalmente lo prohibido.

Sentada la diferencia, es donde se alza un sector de la doctrina para defender el carácter absoluto o relativo de este sometimiento penal a la reserva de ley, y en ese camino, estos dos planteamientos pueden comprenderse como: a.) la reserva absoluta de ley, que se da cuando ningún acto normativo de rango inferior, puede constituirse fuente, ni siquiera en aspectos marginales, b.) la reserva de ley de carácter relativo, que concurriría cuando la norma principal fija solamente las líneas fundamentales de la regulación con la posibilidad de ser completada con disposiciones de rango inferior¹³¹.

Teniendo estos planteamientos, nos compete indagar en una decisión jurisprudencial (fuente de derecho), acerca de la viabilidad de la compatibilidad de las leyes penales en blanco, con el mandato de determinación, de la mano del Tribunal Supremo Español, que mediante sentencia núm. 372 de 1993 establecía que la reserva relativa ofrecía mayores ventajas en atención a la persecución de las nuevas formas de criminalidad:

“(…)…Las anteriores exigencias no impiden la utilización legislativa ni la aplicación judicial de las leyes penales en las que no se encuentre prevista agotadoramente la conducta penada o su consecuencia jurídico penal, por lo que requieren que se acuda, para su integración, a una norma distinta;

¹³¹ *Vid.* URRAZA ABAD, J., *cit.* p.1585.

siempre, hemos manifestado, que el reenvío normativo sea expreso, y esté justificado en razón del bien jurídico protegido y que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición, con la concreción suficiente para que la conducta calificada de delictiva se vea precisada suficientemente con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite ...(...)¹³²[Énfasis añadido]

De la lectura de esta sentencia podemos extraer que la remisión a normas de inferior jerarquía (rango reglamentario), necesita servirse de tres elementos necesarios: *remisión expresa; la justificación del bien jurídico y la ley penal debe señalar la pena, además de contener el núcleo esencial de la prohibición*. Para nuestro interés, el último elemento nos deja como consecuencia lógica, que los aspectos distintos al núcleo esencial, tales como los accidentales y los accesorios podrán ser -sin problemas- determinados por norma con rango inferior al legal, por tratarse de cuestiones accidentales, respecto del mandato de determinación se consideraría tolerada.

Otra perspectiva interesante ofrece la doctrina alemana, que también saluda la viabilidad de la remisión a normas con rango inferior al legal, a través de lo que han llamado “*teoría de la concreción*”, entendida en los casos en que la ley penal en blanco determina plenamente la conducta prohibida, quedando en manos de las leyes de menor rango solamente la función de concretar los criterios de decisión ya establecidos en la ley penal. En razón de, que la ley penal tiene pretensión validez general y no puede ofrecer criterios de decisión judicial, mediante una descripción específica del supuesto presentado ante el juez. Más bien, tiene que utilizar conceptos generales que requieren de un posterior proceso de interpretación para especificarlos en el caso concreto, este proceso puede dejarse absolutamente a un juicio

¹³² El subrayado es nuestro.

racional del juez o puede que la misma ley se remita a *criterios de especificación establecidos por leyes extrapenales* de menor jerarquía¹³³.

De los dos razonamientos, más útil, en el plano aplicativo es la segunda solución, puesto que la misma ley penal definiría los criterios que vendrían a ser en primera línea, los que definan la conducta típica y funcionarían como límites intrínsecos, en los cuales los jueces pueden ver sometida su decisión¹³⁴. Así, podremos ver satisfechas las exigencias del mandato de determinación e inevitablemente tendremos una nueva tarea: inaplicar esta una ley penal en blanco en los casos que la norma administrativa materia de remisión constituya un criterio de decisión. Debiendo comprenderse solamente como criterios de especificación.

En las líneas posteriores, pasará a analizar la compatibilidad del mandato de certeza con el delito de contaminación ambiental, el mismo que es una ley penal en blanco y por ende, se identificará si están presentes los criterios de decisión.

C. Toma de postura

Después de lo desarrollado, podemos identificar en el Artículo 304° del Código Penal Peruano dos niveles de remisión normativa como lo veníamos anunciando. En el primer nivel de prohibición, comprendido por la normativa ambiental (leyes, reglamentos y límites máximos permisibles, en relación con el medio ambiente y sus componentes), ya ha sido definida la conducta típica en términos generales y de ese modo se evita que se contradiga con la normativa de remisión. En ese razonamiento, la normativa administrativa no contradice, ni genera indeterminación respecto del ilícito penal ambiental. Siendo más bien entre sus funciones, la de excluir las normas ambientales que no pueden integrar este tipo penal ambiental, especificar las conductas ambientalmente prohibidas en términos jurídicos y ofrecer certeza a los destinatarios de la normativa en cuestión.

¹³³ GARCÍA CAVERO, P., *cit.* p. 108.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 109.

Por su lado, segundo nivel de resultado, comprendido por la gravedad del perjuicio a la calidad ambiental y la salud ambiental, en relación con la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, cumple la función de concretar el contenido de la gravedad exigida en el tipo penal, para que se configure el ilícito penal ambiental. Sus aspectos generales y los criterios de decisión para el juez han sido desde ya definidos en el ilícito penal ambiental, no habiendo lugar para encontrar criterios de decisión en la calificación reglamentaria.

De lo dicho, se puede afirmar que los dos niveles de remisión no constituyen criterios de decisión, ya porque estos últimos no logran definir aspectos generales de la conducta penal –cuestión que ha sido abarcada totalmente en el tipo penal-, cuanto por no ofrecer al juez más alternativas posibles de decisión. Lo anterior, se circunscribe sobre la base de identificar la presencia de los elementos generales en la conducta típica ya puestos por mandato legal (infringiendo leyes, reglamentos, límites máximos permisibles) y, la calificación reglamentaria por la autoridad ambiental (definición de la gravedad del perjuicio suficiente), sumado al hecho de haber sido definido ya de manera abstracta la descripción de la conducta típica. Según ello, tenemos razones fuertes para señalar que el delito de contaminación ambiental del código penal peruano si es compatible con el principio de legalidad y en concreto con el mandato de determinación o taxatividad (certeza).

En el capítulo posterior, lo siguiente será recoger la legislación ambiental objeto de remisión del ilícito penal ambiental, para tener la certeza de cual de ésta es propiamente compatible con la finalidad del precepto penal.

CAPÍTULO IV. NORMATIVA DE REMISIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

En relación a la normativa administrativa, objeto de reenvío en el delito de contaminación ambiental del Código Penal Peruano, urge la necesidad de que nosotros –los entendidos en derecho- tengamos en orden los preceptos de aplicación, que se hallan en la normativa extrapenal y, consecuentemente, tener la certeza de su vigencia. Del mismo modo, resulta necesario hacer una interpretación de cada uno de ellos lo más razonable y coherente posible.

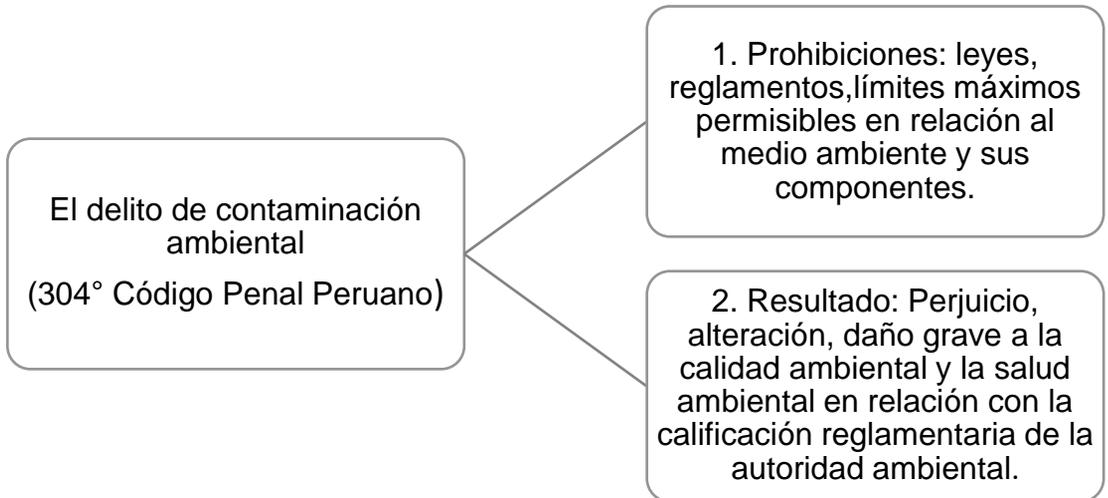
En el orden de esta exposición, nos compete revisar los Artículos pertinentes en la normativa ambiental de carácter general como Ley General del Medio ambiente, la Ley del Sistema de Gestión ambiental, entre otras leyes. Además de los principales reglamentos y otras normas con rango reglamentario, especializadas en materia ambiental tales como actividades mineras, hidrocarburos líquidos, gas natural, electricidad, y otros sectores donde la contaminación se da a niveles importantes.

A. Estructura

La estructura “compleja” del delito de contaminación ambiental está conformada, en cuanto a los componentes normativos de remisiones o reenvío, en dos niveles. El primero de ellos, es el *nivel de prohibición* compuesto por Leyes, Reglamentos y Límites máximos permisibles (LMP) respecto del medio ambiente y sus componentes. Y el segundo es el *nivel del resultado* de perjuicio, alteración o daño grave a la calidad ambiental y la salud ambiental en relación con la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

Ahora bien, antes de graficar esta propuesta, es necesario no olvidar que las actividades que inciden en aspectos ambientales todas ellas contaminan, sin embargo determinado tipo de contaminación prevista por el legislador está prohibida y sus razones sobran en la mente del legislador, entre las principales podría asomarse el daño al ambiente, a la salud de las personas, entre otros elementos de razonable y vital protección

En suma, se podría graficar en un esquema de la siguiente manera:



Una vez entendida la estructura de los niveles de remisión normativa, se podrá mencionar cada una de las disposiciones concretas: de las leyes, reglamentos, límites máximos permisibles, estándares de calidad ambiental. Ello sin olvidar que, la totalidad de disposiciones legales presentes en la legislación ambiental no recoge comportamientos de contaminación en su *sentido estricto*, sino también se recoge complementos y supuestos, que más bien van en la dirección de diseñar y encaminar el buen funcionamiento del aparato administrativo en el sector ambiental. Por esa razón, solo he considerado las disposiciones en las que de manera estricta se haga alusión a obligaciones en materia ambiental que, en armonía con el precepto penal analizado busquen evitar que se produzca contaminación ambiental.

B. Niveles de prohibición normativa

Para empezar con el desarrollo del presente apartado, es necesario recordar algunas cuestiones jurídicas, las cuales son de especial importancia para el presente. El primero de ellos, es la ley entendida como una norma aprobada por el Congreso de la República en el ejercicio de sus atribuciones legislativas y, mediante el procedimiento señalado en la Constitución. Sin embargo, ello no nos debe llevar a entender que solo existen éstas en materia ambiental, sino que además encontramos Reglamentos, Decretos Supremos, Directivas de Ministerios, así como Resoluciones del Consejo Directivo y otros productos normativos de rango reglamentario, que a decir verdad, son en mayor proporción, con relación a los instrumentos de rango legal. Estas normas con rango reglamentario, son emitidas por el Congreso, diversos organismos públicos del gobierno central, regional y local que gozan de tal potestad, así como también por organismos reguladores especializados que toman como objeto de regulación, muchas veces, a elementos del medio ambiente como el aire, agua, o biósfera y los ataques contaminantes contra éstos.

Es en estos términos, es que haremos mención de las principales leyes, después las normas de carácter reglamentario, los límites máximos permisibles (que vienen, muchas veces en reglamentos, según la costumbre legislativa de nuestro ordenamiento), y finalmente los estándares de calidad ambiental. De ese modo, solamente se pondrán de manifiesto la normativa que tenga por finalidad evitar resultados de contaminación ambiental en armonía con el delito de contaminación ambiental. Y para ello, es importantísimo esclarecer que todas las normas presentes en los instrumentos usados por el legislador, tienen como finalidad el evitar la contaminación ambiental, sin embargo, para determinar si en el caso concreto, el cumplimiento de determinada norma ambiental hubiera evitado un resultado de contaminación ambiental, habrá que afinar el análisis de cada una de las normas en el supuesto concreto.

Ese análisis lo haremos en dos momentos; en el *primero* se discutirá si la norma administrativa, de manera general, busca impedir la contaminación ambiental, y en el segundo momento, se tratará de determinar, según los elementos normativos presentes, y las leyes de la experiencia que guían nuestro entender, si el cumplimiento de la obligación ambiental, hubiera evitado que se produzca un supuesto de contaminación ambiental en los términos exigidos por el delito de contaminación ambiental.

Similarmente a nuestra propuesta, un sector de la doctrina alemana¹³⁵ habría dado más cerca al blanco, en los términos que la relación normativa; aquel nexo entre la norma jurídico ambiental y la norma penal ambiental, deberá estar determinado según criterios de – permítaseme usar el término- *funcionalidad*. Es decir, tanto la norma jurídica ambiental, como la penal ambiental, deberían tener la misma dirección o la finalidad de proteger el medio ambiente y evitar su contaminación. Y, así, surgieron dos concepciones, las cuales llamaré amplia y estricta, debido a los caracteres que presentan. La primera de ellas (concepción amplia) señalaba que, para que exista este nexo normativo, la norma jurídica ambiental debería contener el mismo fin que la norma penal ambiental, es decir que busquen evitar la contaminación ambiental, sin mayor exigencia en los presupuestos de las mismas.

En contraste, con más acierto, la concepción estricta, exigía que para que exista ese nexo entre las dos normas, además de que compartan la finalidad de evitar la contaminación ambiental, el cumplimiento de la disposición jurídico ambiental hubiera traído –de manera indubitable-, como consecuencia, que se hubiera evitado, en el caso concreto, la contaminación ambiental prevista en la norma penal ambiental.

¹³⁵ Vid. HEINZ. “Probleme des Umweltstrafrechts im Spiegel der Literatur“, en *NStZ*, 1981, p. 256. Der autor verwendet diese Theorie Zweifelhaft ist zunächst, welchen Zusammenhang verwaltungsrechtliches Verbot und strafrechtlicher Schutzzweck aufweisen müssen. So soll es z.B. nach Lackner genügen, wenn das verwaltungsrechtliche Verbot den Schutzzweck des jeweiligen Straftatbestandes einschließt. Horn dagegen fordert, daß die Erfüllung der verwaltungsrechtlichen Pflicht unmittelbar zum Ausbleiben des jeweiligen tatbestandsmäßigen Erfolges geführt hätte.

Conscientes al respecto, de su carácter exhaustivo, es en nuestra consideración, además de acertada, útil para nuestro análisis ulterior.

1. Primer Nivel

a. Leyes

Similar a todo comienzo, partiremos de lo general hasta llegar a lo particular, de ese modo, los aspectos relacionados con la contaminación ambiental en su nivel primario, han sido recogidos en la conocida y elaborada **Ley General del Ambiente (Ley N°28611)**, que para efectos de este trabajo, prevé ciertas disposiciones que vendrían a ser el marco sobre el cual las demás normas establecen prohibiciones en el tema de contaminación ambiental.

En primer lugar, en su Artículo 1° recoge lo correspondiente al objetivo que persigue, y con ello trazada su finalidad, establece:

Artículo 1. *“La presente Ley es la norma ordenadora del marco normativo legal para la gestión ambiental en el Perú. Establece los principios y normas básicas para asegurar el efectivo ejercicio del derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, así como el cumplimiento del deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la población y lograr el desarrollo sostenible del país”.* [Énfasis añadido]

Por su parte en el numeral 3 del Artículo 2, del mismo texto legal se establece:

Artículo 2.3. *“Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.”* [Énfasis añadido].

Descrito el carácter general de la Ley General del Ambiente, y, por consiguiente, una aproximación a lo que se entiende por ambiente, pasaré a recoger las concretas disposiciones, que en la mayoría de los casos son obligaciones impuestas a los privados (persona natural o jurídica) en el marco de sus actividades.

En ese sentido, en el Capítulo 3, llamado “Gestión ambiental”, se recogen definiciones de los instrumentos de gestión ambiental y obligaciones ambientales. Entre las segundas, el Artículo 25° establece:

“Artículo 25. *Los Estudios de Impacto Ambiental - EIA son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad. La ley de la materia señala los demás requisitos que deban contener los EIA.”* [Énfasis añadido]

En esta disposición, se recoge la obligación de los privados de elaborar el mencionado instrumento de gestión ambiental antes de emprender una actividad con posibles consecuencias ambientales, de manera que, su incumplimiento puede conllevar a una sanción administrativa en los términos de esta ley, de conformidad con el Artículo 136.1 de la misma. En efecto, de acuerdo con la posición estricta desarrollada brevemente, si podríamos afirmar –con mucho sigilo- que en la mayor cantidad de los supuestos –sirviéndonos de la experiencia-, el cumplimiento de esta disposición evitará que se produzcan consecuencias ambientales negativas previstas por la norma penal.

Ahora bien, siguiendo con las obligaciones ambientales de los privados, el Artículo 26° (numerales 1 y 2) del mismo texto legal se establece:

Artículo 26.1. *La autoridad ambiental competente puede establecer y aprobar Programas de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA, para facilitar la adecuación de una actividad económica a obligaciones ambientales nuevas, debiendo asegurar su debido cumplimiento en plazos que establezcan las respectivas normas, a través de objetivos de desempeño ambiental explícitos, metas y un cronograma de avance de cumplimiento, así como las medidas de prevención, control, mitigación, recuperación y eventual compensación que corresponda. Los informes sustentatorios de la definición de plazos y medidas de adecuación, los informes de seguimiento y avances en el cumplimiento del PAMA, tienen carácter público y deben estar a disposición de cualquier persona interesada.*

Artículo 26.2. *El incumplimiento de las acciones definidas en los PAMA, sea durante su vigencia o al final de éste, se sanciona administrativamente, independientemente de las sanciones civiles o penales a que haya lugar. [Énfasis añadido]*

De estos numerales se pueden extraer dos consecuencias notables. La primera de ellas se sitúa cuando los privados están desarrollando una actividad que puede traer consecuencias ambientales y aparecen nuevas obligaciones ambientales, tendrán que adecuarse a un nuevo plan, que viene comprendido como un instrumento de gestión ambiental (el mismo que será aprobado por la autoridad administrativa correspondiente), y la segunda, viene direccionada por la falta de cumplimiento de la primera, es decir la amenaza que se impondrá una sanción administrativa en los términos del presente texto legal.

En esa dirección, podríamos afirmar que el cumplimiento de esta obligación, entendiéndose la primera, en concordancia con la posición estricta, si está en todas las condiciones de evitar que se produzca el resultado exigido por el tipo penal, entre otras razones porque son obligaciones, que además de su carácter ambiental, contienen aspectos que se incardinan en un centro de cumplimiento de deberes específicos de seguridad y previsión objetiva para el desarrollo de actividades con efectos contaminantes.

Además de estos Artículos, la presente ley prevé más obligaciones, entre los cuales está el Artículo 27, que establece:

“Artículo 27. Los titulares de todas las actividades económicas deben garantizar que al cierre de actividades o instalaciones no subsistan impactos ambientales negativos de carácter significativo, debiendo considerar tal aspecto al diseñar y aplicar los instrumentos de gestión ambiental que les correspondan de conformidad con el marco legal vigente. La Autoridad Ambiental Nacional, en coordinación con las autoridades ambientales sectoriales, establece disposiciones específicas sobre el cierre, abandono, post-cierre y post-abandono de actividades o instalaciones, incluyendo el contenido de los respectivos planes y las condiciones que garanticen su adecuada aplicación.” [Énfasis añadido]

Se puede verificar en la anterior disposición, que se exige una obligación por parte de los privados situada en la etapa final de sus actividades contaminantes, por ello, es necesario distinguir dos momentos en esta última. La primera de ellas, es la etapa donde los efectos contaminantes son consecuencia directa de la actividad principal económica de los privados y en ciertos casos, sus efectos pueden llegar agravarse más allá de finalizadas actividades económicas. En esta etapa, sí existe la posibilidad de tener consecuencias penales. En sentido opuesto, la segunda etapa se sitúa después de finalizada la actividad principal, en la cual se derivan efectos contaminantes, de modo que las obligaciones de los privados, más bien estarían en la dirección de deberes de restauración y reparación, estrictamente materia de sanciones administrativas y no penales. Ello mismo, en concordancia con la posición estricta, en la que sólo el cumplimiento de estas obligaciones ambientales administrativas, hubiera evitado en el caso concreto, que se produzca el resultado ambiental exigido por la norma penal ambiental.

De lo expuesto, nos queda claro que, para el delito de contaminación ambiental le será objeto de remisión el Artículo anterior, sólo en los casos en que, es necesaria para su configuración la omisión las obligaciones ambientales que surgen en la primera etapa.

En la misma Ley, sin la intención de entrar en detalles, el numeral 1 del Artículo 32° del mismo texto legal en comentario, establece lo siguiente:

“Artículo 32. *“El Límite Máximo Permisible - LMP, es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.”* [Énfasis añadido]

En ésta disposición, viene recogida una obligación por parte de los privados a cumplir, en el marco de sus actividades contaminantes con parámetros técnicos fijados por el legislador. En efecto, es razonable afirmar que, el cumplimiento de estos límites ambientales, impuestos por el legislador, sí conlleva a que se evite el resultado ambiental exigido por la norma penal en concordancia con la dinámica de la posición estricta. Entre muchas razones porque su cumplimiento se traduce en la eliminación de toda fuente de riesgo latente, que desde su aparición, produce efectos negativos contaminantes en diversas medidas, por ello, si las actividades económicas con efectos contaminantes sobrepasan estos límites estarán produciendo efectos negativos en el cuerpo receptor tomado en cuenta por el legislador.

Siguiendo con las prescripciones de comportamientos contaminantes y el cumplimiento de obligaciones ambientales, el Artículo 75° de la presente Ley establece:

“Artículo 75°. El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes.” [Énfasis añadido]

En la anterior disposición, se puede observar detalladamente, qué debe hacer el privado para prevenir que se produzcan riesgos y daños ambientales, adoptando deberes generales de cuidado. Sin embargo, este deber es muy genérico y necesita de una posterior labor de concreción por parte del legislador. Salvaguardando que, se pueda convertir en una puerta sin restricciones para sancionar actividades contaminantes. No

obstante, en línea con la posición estricta, ya de por sí, sin mayor necesidad de concreción, el cumplimiento efectivo y razonable de este deber de cuidado (general) evitará que se produzca resultado negativo ambiental previsto por el tipo penal.

Conservando el sentido, otra disposición ambiental podemos encontrarla en el Artículo 83°, que establece:

Artículo 83. *“De conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar y las demás disposiciones contenidas en la presente Ley, las empresas adoptan medidas para el efectivo control de los materiales y sustancias peligrosas intrínsecas a sus actividades, debiendo prevenir, controlar, mitigar eventualmente, los impactos ambientales negativos que aquellos generen.”* [Énfasis añadido]

En el citado Artículo, el legislador ha previsto obligaciones especiales para los titulares de actividades contaminantes, se trata de las previsiones en el uso de materiales y sustancias peligrosas, las cuales deben ser controladas de determinadas maneras (medios), a fin de impedir que se generen impactos negativos ambientales. Por tanto, no hay óbice para afirmar que un comportamiento contrario a esta norma es sancionado administrativamente y puede dar lugar -en su caso- a delitos de contaminación ambiental. Puesto que, el cumplimiento de estos deberes especiales trae como consecuencia inevitable, el evitar –según las leyes de la experiencia- que se produzca el resultado negativo contaminante previsto por el tipo penal.

Después de señalar brevemente algunas de las disposiciones que prescriben comportamientos contaminantes de modo general, pasaré a recoger otras disposiciones presentes en leyes especiales, además de cada subsector ambiental.

En primer lugar, en la **Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (Ley N° 27446)**, se establece, un sin número de

obligaciones para los privados en la etapa previa al desarrollo de sus actividades y proyectos, los cuales están en la suficiente aptitud de causar impactos negativos ambientales. Así, en el Artículo 3° se establece:

“Artículo. 3. No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el Artículo 2 y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.” [Énfasis añadido]

Es fácil observar la intención del legislador por sancionar comportamientos contaminantes, que al empezar una actividad de inversión no cumplan con la certificación ambiental correspondiente. Con mayor detalle, estos instrumentos le conceden a los privados unos lineamientos técnicos especializados y aspectos a considerar en el desarrollo de sus actividades.

En nuestra consideración, se les concede a los privados –aunque sea en su propia esfera- una serie de conocimientos especiales propios de las actividades económicas que están desarrollando, para que con los mismos puedan operar, asegurándose de cada instalación, modificación, o desuso que realicen. Por ello es que, encontramos la suficiente utilidad de cumplir con esta disposición especial, para así evitar, que en los casos concretos, se produzcan los resultados previstos por el tipo penal de contaminación ambiental.

En segundo orden, la **Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Ley N° 29325)** con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental y las acciones que ello conlleva, establece en su Artículo 17° infracciones ambientales de competencia del OEFA (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental):

“Artículo 17. *Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas: a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental; b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente; c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión.(...); e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia. El cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables antes mencionadas es obligatorio para todas las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que son de competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos, autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de las mismas. Esta disposición es aplicable a todas las Entidades de Fiscalización Ambiental (OEFA), respecto de sus competencias, según corresponda... [...]*” [Énfasis añadido]

De esta disposición, nos ocupa hacer unas breves precisiones respecto de las obligaciones impuestas a los privados. La primera de ellas viene direccionada con lo dispuesto en el inciso (a) en cuanto a que es una remisión a otra norma en materia de contaminación ambiental, situación de la cual no derivan mayores inconvenientes, por tratarse de significar lo mismo en términos de identidad con el delito de contaminación ambiental.

En el caso específico del literal (b) es necesario confirmar, que solo nos servirán, a efectos de una remisión del delito de contaminación ambiental, aquellos instrumentos de gestión ambiental, que prevean situaciones para los privados, cuando han omitido cumplir con las obligaciones de su actividad principal. Es decir, dentro del desarrollo de las actividades económicas y cuando han suscitado consecuencias

ambientales negativas, excluyendo por tanto a las obligaciones ambientales derivadas de la etapa posterior a finalizadas las actividades.

Por su parte, el literal (c) hace referencia al conjunto de obligaciones originadas en el contrato de concesión (una serie de obligaciones y deberes especiales para cada tipo de actividad económica) las cuales no aparecen presentes en leyes especializadas en materia ambiental. De lo contrario, careciera de sentido, que el legislador les haya concedido un lugar para un nuevo supuesto de infracción ambiental.

Finalmente, en la última parte del mismo artículo, se hace alusión a los supuestos de las actividades económicas de privados que no cuenten con títulos habilitantes para sus actividades. En tal sentido, para nuestro objeto de estudio, le son de importancia las disposiciones aplicables solo para aquellas actividades en los que se requiere autorización administrativa ambiental, pero, si se trata de otras autorizaciones administrativas, como las de funcionamiento para el inicio de sus actividades económicas, no se tendrán en consideración en el ámbito penal.

Después del desarrollo de estas disposiciones entendemos que, la posición estricta nos ha dado luz en nuestro camino para obtener la certeza suficiente y eliminar todo margen de duda. Pero del mismo modo, es necesario además realizar un análisis –aunque no exhaustivo- para verificar en cada caso concreto, si el cumplimiento de dichas disposiciones hubiera evitado que se produjera el resultado previsto en el tipo penal. Solo en esa dirección, se puede concluir que determinados comportamientos han sobrepasado el primer umbral del ilícito penal ambiental.

Cerrando el presente apartado, es necesario acotar una idea de vital importancia: la primera de ellas, -de corte formal- viene por el lado de confirmar que, sin perjuicio de las disposiciones recogidas en el presente apartado, no deberán tomarse como una lista exhaustiva, puesto que pueden aparecer –y de hecho lo hacen- nuevas formas de contaminación, además de nuevas formas de afectación al ambiente y a sus componentes.

Pues bien, ahora nos ocupa poner de manifiesto los reglamentos, que en nuestra consideración, presentan mejores condiciones de nexo en

relación con el precepto penal y aplicación práctica jurídica en materia de contaminación ambiental.

b. Reglamentos

Los reglamentos –con mayor acierto- han ido haciendo un camino más largo en comparación de las leyes, debido a que éstos se adecúan fácilmente a los cambios constantes producidos por la aparición de nuevas formas de contaminación ambiental. En su sentido más simple, vendrían a desempeñar la función de desarrollar leyes, a las cuales no pueden contradecir, ya sea por su dependencia tanto como por el margen trazado por ellas. Los reglamentos, también nos ayudarán a construir una sólida idea del segundo elemento del primer nivel de remisión administrativa y de ese modo, podremos observar la intensión del legislador previendo los resultados exigidos por el tipo penal, además de distinguir las infracciones, tomando como criterio de referencia la gravedad de las mismas.

Al respecto, solamente serán analizadas las disposiciones reglamentarias que, en cumplimiento de la postura estricta, se adecúen al resultado previsto del delito penal ambiental. En ese orden de consideraciones, las disposiciones reglamentarias que prevean obligaciones ambientales y su falta de cumplimiento no haya traído como consecuencia que se produzca el resultado exigido por el tipo penal, no serán tomadas en cuenta en las posteriores líneas.

Dicho esto podemos iniciar esta labor, tomando como referencia a los subsectores de actividades económicas, regulados mediante una serie de obligaciones, por los impactos ambientales de diversa naturaleza (naturales, sociales, etc.) que se vienen produciendo.

El primero a tratar es el subsector *hidrocarburos*¹³⁶ al cual el legislador le ha concedido suficiente atención, entre diversas razones,

¹³⁶ Según el Reglamento para la protección ambiental en actividades de hidrocarburos aprobado mediante **Decreto Supremo N° 15-2206-EM**:

porque constituye las tres cuartas partes del consumo de energía en nuestro país, y también porque comprende una serie de actividades económicas desde su exploración hasta su distribución final. Para ello, en búsqueda de un estudio actualizado y novedoso, pondremos de manifiesto el reciente Reglamento para la protección ambiental en actividades de Hidrocarburos aprobado por **Decreto Supremo 039-2014-EM**, publicado el 12 de Noviembre del 2014 en el Diario el Peruano¹³⁷ y entrado en vigencia el 13 de Noviembre del 2014¹³⁸.

En ese sentido, nos compete señalar las obligaciones ambientales, por parte de los privados, en el desarrollo de actividades de hidrocarburos. De ese modo, el Artículo 3 establece:

Artículo 3. *“Los Titulares de las Actividades de Hidrocarburos son responsables del cumplimiento de lo dispuesto en el marco legal ambiental vigente, en los Estudios Ambientales y/o Instrumentos de Gestión Ambiental Complementarios aprobados y cualquier otra regulación adicional dispuesta por la Autoridad Ambiental Competente. Asimismo, son responsables por las emisiones atmosféricas, las descargas de efluentes líquidos, la disposición de residuos sólidos y las emisiones de ruido, desde las instalaciones que construyan u operen directamente o a través de terceros, en particular de aquellas que excedan los Límites Máximos Permisibles (LMP) y los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) vigentes, siempre y cuando se demuestre en este último caso, que existe una relación de causalidad entre la actuación del Titular de las Actividades de Hidrocarburos y la transgresión de dichos estándares. Los Titulares de las Actividades de Hidrocarburos son también responsables de prevenir, minimizar, rehabilitar, remediar y*

Comprende todo compuesto orgánico, gaseoso, líquido o sólido, que consiste principalmente de carbono e hidrógeno.

¹³⁷ Derogó expresamente el Reglamento anterior aprobado por Decreto Supremo N° 15-2006-EM, según el artículo 2 del Decreto Supremo N° 39-2014-EM.

¹³⁸ Ello de conformidad con la Primera Disposición Complementaria-Final del Decreto Supremo N° 39-2014-EM.

compensar los impactos ambientales negativos generados por la ejecución de sus Actividades de Hidrocarburos, y por aquellos daños que pudieran presentarse por la deficiente aplicación de las medidas aprobadas en el Estudio Ambiental y/o Instrumento de Gestión Ambiental Complementario correspondiente, así como por el costo que implique su implementación.” [Énfasis añadido]

Según lo anterior, en relación a los estudios de impacto ambiental, cuales son requeridos para el desarrollo de las actividades económicas de hidrocarburos, se hace una distinción, según la categoría asignada. En ellos son exigibles estos instrumentos, para evitar consecuencias negativo-ambientales por comprenderse como estudios técnicos, deberes y otros planeamientos en temas ambientales propios de cada proyecto. En ese sentido, el Artículo 13° se establece:

Artículo 13.- *“Los Estudios Ambientales aplicables a las Actividades de Hidrocarburos son los siguientes: a.) Declaración de Impacto Ambiental (DIA) Categoría I; b.) Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd) Categoría II; c.) Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d) Categoría III; d.) Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)(...)” [Énfasis añadido]*

De la revisión de éstos instrumentos de gestión ambiental, se puede observar que también se someten a la función de someter a control administrativo su contenido ambiental, estamos por ello convencidos de poder afirmar que el cumplimiento de estos deberes impuestos (certificaciones ambientales) si hubieran podido evitar que se produzcan los resultados dañosos exigidos por la norma penal en el caso concreto. Basta decir que, estas certificaciones imponen una serie de deberes de aseguramiento, previsiones técnicas y otros compromisos a los cuales el privado accede en el marco del desarrollo de sus actividades, que de no darse éstos últimos se está en todas las posibilidades de producir el resultado exigido por el delito de contaminación ambiental.

En el mismo lugar, las “Categorías” aludidas de cada instrumento ambiental, se encuentran en lo que disponen los Artículos 23°, 26° y 30°:

Artículo 23. *“La Declaración de Impacto Ambiental (DIA) se presentará a la Autoridad Ambiental Competente, para aquellas Actividades de Hidrocarburos, cuya ejecución puede originar Impactos Ambientales negativos leves... (...).*

Artículo 26. *“El Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd) se presentará para aquellos proyectos o Actividades de Hidrocarburos, cuya ejecución pudiera generar impactos ambientales moderados de carácter negativo en términos cuantitativos o cualitativos.*

Artículo 30. *“El Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d) se presentará para aquellos proyectos de inversión o Actividades de Hidrocarburos cuyas características de envergadura y localización pudieran generar impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa y cualitativamente.”[Énfasis añadido]*

Sobre estas disposiciones, se puede extraer que para el objeto del presente trabajo, sólo tendremos en cuenta las obligaciones de los privados, en relación a los instrumentos de gestión ambiental de las Categorías II y III, en tanto sus consecuencias contaminantes negativas son considerados de una entidad significativa. Por ello, solo los comportamientos más gravosos han de tomarse en cuenta para en este camino, cumplir con la finalidad preventiva.

Ahora bien, con carácter más específico, el Artículo 52° impone a los privados el cumplimiento de determinados deberes de seguridad y previsión de tipo técnico, en un concreto ámbito del desarrollo de actividades de hidrocarburos:

Artículo 52. *El manejo y almacenamiento de productos químicos en general, deberán realizarse en áreas seguras e impermeabilizadas, protegiéndolos de los factores*

ambientales, con sistemas de contención para evitar la contaminación del aire, suelo, las aguas superficiales y subterráneas. Se seguirán las indicaciones contenidas en las hojas de seguridad MSDS (Hoja de Seguridad de Materiales) de los fabricantes, así como en la normativa general y específica vigente. [Énfasis añadido]

Siguiendo con las disposiciones específicas en este subsector, el Artículo 59° establece la obligación a los privados de cumplir con los Límites máximos permisibles que están presentes en este ámbito, y el Artículo 60° establece lo referente a la calidad del ruido; fijado con parámetros técnicos que deben ser respetados por los privados en el desarrollo de estas actividades. Así, el cumplimiento de estos parámetros, en la mayoría de situaciones particulares, si hubiera podido evitar que se produzcan en el caso concreto consecuencias negativo contaminantes previstas por el tipo penal. Ello en tanto se fijan de manera objetiva, exacta cantidades numéricas, índices los cuales son manejados y atribuidos por los titulares de las actividades de hidrocarburos.

Artículo 59. *Las emisiones atmosféricas deberán cumplir los correspondientes Límites Máximos Permisibles vigentes. El Titular deberá demostrar mediante el uso de modelos de dispersión, el efecto de la disposición de las emisiones atmosféricas sobre los Estándares de Calidad Ambiental del aire en las áreas donde se ubiquen receptores sensibles. La Autoridad Ambiental Competente podrá establecer limitaciones a los caudales de las corrientes de emisiones atmosféricas cuando éstas puedan comprometer el cumplimiento de los Estándares de Calidad Ambiental de Aire. Se diseñarán, seleccionarán, operarán y mantendrán los equipos a manera de reducir o eliminar las emisiones fugitivas.*

Artículo 60. *La emisión de ruidos deberá ser controlada a fin de no sobrepasar los valores establecidos en el*

Reglamento Nacional de Estándares de Calidad Ambiental de Ruido, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 085-2003-PCM¹³⁹, sus modificatorias, sustitutorias y complementarias, que se encuentren vigentes. [Énfasis añadido]

Al mismo tiempo, el legislador ha previsto guardar determinados niveles de diligencia para realizar actividades de hidrocarburos. Por ello, para los supuestos de la exploración (una de las etapas de las actividades de hidrocarburos) ha previsto un conjunto de lineamientos (uso de instrumentos, referencias científicas), lo cuales de cumplirlos en el caso concreto, indubitablemente hubieran evitado que se produzca las consecuencias negativo-contaminantes exigidos por el tipo penal. En ese sentido el Artículo 61° establece:

Artículo 61. *En el caso de las actividades de exploración en medios marinos, se priorizará la utilización de equipos y tecnología de bajo impacto sonoro, tomando en consideración los estudios científicos que determinan los umbrales de sensibilidad y riesgo de cetáceos marinos u otras especies claves o vulnerables a impactos por las ondas sonoras de la exploración. [Énfasis añadido].*

De modo paralelo, existen también en el presente reglamento determinadas obligaciones ambientales, cuales se orientan a exigir a los titulares de actividades de hidrocarburos dotar de medios (técnicos, científicos, capacitaciones) a los oficiales de cumplimiento, colaboradores. En efecto, se tiene el deber de realizar todas las acciones necesarias para evitar que se produzcan consecuencias contaminantes más allá de las permitidas. En esta ocasión, en los Artículo 64° y el 71° se imponen deberes a los privados de capacitar a sus oficiales de cumplimiento, (trabajadores responsables en áreas que necesitan ser

¹³⁹ Al respecto, sobre el Decreto Supremo N° 085-2013-PCM se establecen parámetros generales los cuales se pondrán en este estudio posteriormente.

controladas desde la perspectiva ambiental) en cuanto sus obligaciones ambientales. No es vano referir al respecto, que el cumplimiento de este deber trae como consecuencia indiscutible, en los casos concretos, que se evite que se produzca el resultado previsto en el tipo penal ambiental.

Artículo 64. *Todo el personal, propio y subcontratado, deberá contar con capacitación actualizada sobre los aspectos ambientales asociados a sus actividades y responsabilidades, en especial sobre las normas y procedimientos establecidos para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos y sobre las consecuencias ambientales y legales de su incumplimiento. En el caso de visitantes a las instalaciones de hidrocarburos, se deberá dar una charla informativa que contenga aspectos de seguridad y de protección ambiental. Los Titulares deben contar con un Plan de Capacitación en temas ambientales, el cual será cumplido anualmente y remitido como parte del Informe Ambiental Anual a la Autoridad Competente en Materia de Fiscalización Ambiental.*

Artículo 71. *En los terminales, plataformas marinas y lacustres deberá contarse con equipo adecuado para la contención de derrames y el personal permanente deberá estar adecuadamente equipado y entrenado en su manejo. Se deberá contar con apoyo técnico y equipo especializado, para actuar en apoyo del personal local a requerimiento del Operador, dentro de las 12 horas de ser requerido. El equipo de apoyo técnico contratado deberá entrenar y calificar de manera periódica al personal local permanente. El OSINERGMIN verificará la disponibilidad de los equipos y materiales para la respuesta a las emergencias y para la capacitación del personal. [Énfasis añadido]*

Continuando con más detalle, el legislador impone a los privados el deber de actuar de acuerdo a su plan de contingencia (instrumento ambiental exigible a los privados en el desarrollo de sus actividades de hidrocarburos) en situaciones de emergencia u otras de similar característica.

Para lo anterior, es necesario que en situaciones concretas, se haga efectivo cumplimiento de éste a fin de que en éstos el cumplimiento del

plan de contingencia traiga como consecuencia, que se evite el resultado contaminante previsto por el tipo penal. Estamos muy seguros, que este cumplimiento en la mayor parte de los casos, evitará que se produzca el resultado arriba mencionado. El Artículo 66° establece:

Artículo 66. *En el caso de siniestros o emergencias con consecuencias negativas al ambiente, ocasionadas por la realización de Actividades de Hidrocarburos, el Titular deberá tomar medidas inmediatas para controlar y minimizar sus impactos, de acuerdo a su Plan de Contingencia. (...)[Énfasis añadido]*

En otro lado del reglamento, se imponen a los titulares de actividades de hidrocarburos obligaciones específicas, en las que se emplean determinados materiales peligrosos, traducidos en deberes de seguridad verificados por la autoridad correspondiente. Se prevé determinada normativa exigida para el caso de los radioactivos y explosivos, para lo cual necesitan una autorización del órgano competente. En ese sentido, se puede señalar que estos deberes de seguridad y demás son verificados en su cumplimiento, para que en el caso concreto éstos hubieran evitado que se produzca el resultado previsto por el tipo penal. Por tanto, los Artículo 69° y 73° establecen:

Artículo 69. *La utilización de material radiactivo en las Actividades de Hidrocarburos deberá estar autorizada por el Instituto Peruano de Energía Nuclear (IPEN), de acuerdo al Decreto Supremo N° 009-97-EM, Reglamento de Seguridad Radiológica en Actividades Industriales y a las demás reglas y pautas señaladas por dicho organismo.*

Artículo 73. *El uso de explosivos deberá sujetarse a las normas y disposiciones de la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (SUCAMEC), y a las siguientes consideraciones: a) Los puntos de disparos usados deben ser rellenados, compactados con tierra o materiales apropiados y cubiertos en la superficie, respetando el contorno original del terreno, b) Las cargas deben ser detonadas a distancias en superficie mayores a quince (15) metros de cuerpos de agua superficiales, salvo el caso de zonas pantanosas o aguajales, c) Se deben utilizar mantas de protección cuando se detone explosivos en lugares cercanos a edificios o viviendas, d) Se advertirá a las poblaciones vecinas acerca de la ocurrencia y duración de las explosiones con una anticipación acorde con las actividades y costumbres de las mismas; el plazo mínimo estará establecido en el Estudio Ambiental, e) Atender y respetar las distancias mínimas establecidas en el Anexo N° 2. No está permitido el uso de explosivos en el mar ni en cuerpos y cursos de agua. [Énfasis añadido]*

Además de las disposiciones anteriores ya conocidas, han sido incorporadas ciertas novedades en el presente reglamento que establecen deberes para los titulares de actividades de hidrocarburos, en cuanto a la **exploración sísmica en el mar**. De modo que, en relación a este estudio y la posición estricta, se prevén específicos lineamientos y sistemas de tipo tecnológico que deben cumplir los titulares de estas actividades para evitar que se produzcan resultados negativo-contaminantes previstos por el tipo penal. En ese orden de cosas el Artículo 75° dispone:

Artículo 75. *Para las Actividades de prospección sísmica en mar, los Titulares deberán cumplir con las siguientes consideraciones aplicables a cualquier tipo de categoría del Estudio Ambiental: a) Para el inicio del levantamiento de información sísmica, la emisión de la burbuja de aire*

(Fuente de sonido) deberá realizarse por medio de un arranque gradual de las fuentes, (RAMP UP y SOFT START) hasta alcanzar la totalidad del nivel requerido para el registro, dicho procedimiento deberá repetirse cada vez que el barco detenga o disminuya la emisión de ruido (por debajo del nivel operativo), y deba reiniciar sus operaciones.(...)”
[Énfasis añadido]

Por otro lado, en cuanto a etapas específicas de la actividad de hidrocarburos la perforación cumple un papel importante, entre las actividades de los hidrocarburos y el legislador les impone determinados márgenes de tipo operacional, técnico y de otros aspectos relacionados con la seguridad.

En ese orden, en cuanto a las estructuras utilizadas para esta función en tierra, se hace exigible este conjunto de deberes para evitar que se produzcan los resultados previstos por el tipo penal en los casos concretos. De ese modo, los Artículos 78° y 79° disponen:

Artículo 78. *Para la construcción de plataformas de perforación en tierra, se deberá cumplir con las siguientes condiciones: a) Un estudio detallado de geotecnia, incluyendo planes de manejo detallado de estabilidad de taludes y control de erosión y sedimentos. b) Una evaluación detallada del sistema natural de drenaje de la locación, para determinar las medidas de manejo a nivel de detalle. c) Las especificaciones relativas a las plataformas de perforación señaladas en el Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 032-2004-EM, sus modificatorias y sustitutorias.*

Artículo 79. *Las pozas para los cortes de perforación deberán contar con membranas impermeables u otro material que permita el aislamiento de los cortes con el*

suelo; además deberán estar protegidas de las lluvias o de fuertes vientos, no permitiendo el ingreso de agua de lluvia a las pozas o la salida de material particulado. [Énfasis añadido]

También, hay aspectos esenciales que este nuevo reglamento no ha obviado y son los correspondientes a las emisiones y efluentes presentes en las actividades de hidrocarburos. De ese modo, estos parámetros fijados por el legislador, se imponen a los privados de forma que, ellos cuenten con una serie de autorizaciones para poder prevenir y controlar los efectos ambientales negativos producto de estas externalidades. Su cumplimiento, sí trae como consecuencia –por reiterada vez- que en el caso concreto, se hubiera evitado que se produzca el resultado negativo-contaminante previsto por el tipo penal ambiental. En tal sentido, el Artículo 84° establece:

Artículo 84. *Las emisiones y efluentes podrán realizarse siempre que se cumplan con las autorizaciones y el marco legal ambiental específico además de las siguientes disposiciones: a) La Quema de Hidrocarburos, se rige por lo aprobado en el Decreto Supremo N° 048-2009-EM, bajo autorización de la Dirección General de Hidrocarburos (DGH) en condiciones controladas de combustión completa. b) El agua producida en las pruebas de producción en la etapa exploratoria, podrá ser reinyectada o vertida a un cuerpo receptor previo tratamiento y cumpliendo con los LMP aplicables a los componentes del Sector Hidrocarburos; así como la evaluación de la calidad del cuerpo receptor, teniendo en cuenta los ECA para agua y demás normas complementarias. [Énfasis añadido]*

Volviendo con la revisión de las etapas de la actividad de hidrocarburos, en la etapa de la producción, aparecen determinadas exigencias ambientales que cumplen con lo esbozado en este trabajo, por

esas razones hemos considerado las obligaciones correspondientes a los sistemas de contención. En definitiva, estas obligaciones impuestas a los privados si cumplen con el nexo exigido desde el punto de vista de la posición estricta, en tanto su cumplimiento (lineamientos sobre seguridad en sus procedimientos) si hubiera evitado en la mayor parte de situaciones concretas que se produzcan los resultados indeseables previstos en el delito ambiental. Se le exige la implementación de determinados sistemas, además de conservar distancias, previsiones, programas a seguir. Por ello, consideramos que la falta de cumplimiento de éstos, en el caso concreto, traerá como resultado que se produzca lo previsto por el tipo penal ambiental. Así, en el Artículo 88° se dispone:

Artículo 88. *Las plataformas de producción tanto en tierra como en mar, deberán contar con sistemas de contención, recolección y tratamiento de fugas y derrames, equivalentes a los sistemas de contención para equipos de manipulación de Hidrocarburos líquidos y con capacidad acorde a los volúmenes manejados. [Énfasis añadido]*

En la etapa de refinación, por su parte, se prevén una serie de exigencias de seguridad (instalaciones en áreas, tuberías, etc) impuestas a los privados que desarrollan actividades de hidrocarburos. En efecto, el cumplimiento efectivo de estas obligaciones trae como consecuencia indudable que, de haberse cumplido con éstas, se hubiera evitado que se produzcan los resultados negativo-contaminantes previstos por el tipo penal. De ese modo, en el Artículo 89° se establece:

Artículo 89.- Lineamientos básicos. *Los siguientes lineamientos básicos deberán ser implementados para todas las instalaciones: a) Todas las áreas de proceso, excepto el área de tanques y los corredores de tuberías, deberán estar sobre una losa de concreto y contar con un sistema para colectar fugas, drenajes de bombas, drenajes de puntos de muestreo y otros. b) Las instalaciones de procesamiento o refinación con terminales marítimos deberán cumplir con lo*

estipulado por la Autoridad Marítima. c) Las emisiones y efluentes deberán cumplir con los LMP vigentes y tendrán en cuenta los ECA correspondientes. [Énfasis añadido]

Finalmente, en la etapa del Transporte de los hidrocarburos, el legislador ha previsto determinados deberes a los privados que, tienen la finalidad de asegurarse del proceso, exigiendo parámetros, medidas, conocimientos especializados que, de manera esencial determinan las actividades de hidrocarburos en esta fase. En tal sentido, el guardar estas condiciones de aseguramiento, previsión técnica, y otros deberes comprendidos en esta disposición, trae como resultado que, se evite en los casos concretos que, se produzca el resultado contaminante previsto por el ilícito penal. El Artículo 91° dispone:

Artículo 91.- Especificaciones para la construcción de ductos. *La construcción de ductos debe de realizarse con la menor afectación al ambiente y cumpliendo las siguientes especificaciones: a) Para el tendido de los ductos el Titular deberá desarrollar estudios geotécnicos detallados, estudios de estabilización de taludes, estudios y mecanismos de control de erosión, establecer las zonas de almacenamiento del suelo orgánico, las zonas de disposición de los cortes o material excedente y desmonte; b) El derecho de vía deberá considerar las metodologías y métodos constructivos que impacten en menor proporción al ambiente, sobre todo en zonas de altas precipitaciones y grados de erosión significativos; para lo cual el Titular deberá diseñar la instalación de los ductos considerando la mejor tecnología y método posible; c) Realizar los trabajos de desmalezado y retiro del material talado, únicamente en áreas establecidas y/o dentro del derecho de vía, aprobado en el Estudio Ambiental; d) Al término del montaje del ducto se deberá realizar una recomposición de las áreas intervenidas y de la pista, para lo cual deberá usarse el suelo orgánico y el material desmalezado, que fue almacenado previamente; e)*

De acuerdo al grado de erosión del suelo e intensidad de las lluvias, se deberán implementar medidas de estabilización, haciendo uso de materiales adecuados para tal fin y/o dispositivos estructurales como acueductos, canales de derivación, canales longitudinales y transversales, cruces especiales para ríos y quebradas; f) En la construcción de ductos, los cruces aéreos y túneles podrán estar previstos en el Estudio Ambiental. Por otro lado, su diseño a nivel de detalle deberá ser aprobado por el OSINERGMIN. [Énfasis añadido]

Una vez desarrolladas ciertas disposiciones del subsector hidrocarburos, nos ocupa recoger las disposiciones ambientales concretas relacionadas a las actividades eléctricas, que en el sentido de este estudio, producen efectos contaminantes y han objeto de previsión por el legislador. Además de encajar en la posición estricta, para poder continuar con el sentido de esta exposición.

De ese modo, el Reglamento de Protección ambiental en las Actividades Eléctricas, Aprobado por **Decreto Supremo N° 029-1994-EM**, en sus Artículos 6° y 7° se dispone:

Artículo 6. *“Los Titulares de Concesiones y/o Autorizaciones, contarán con un Auditor Ambiental Interno, responsable del control ambiental de la empresa, quien tendrá como función identificar los problemas existentes, prever los que puedan presentarse en el futuro, desarrollar planes de rehabilitación, definir metas para mejorar y controlar el mantenimiento de los programas ambientales”*

Artículo 7. *En concordancia con lo dispuesto en el Artículo 7 de la Ley, las personas naturales o jurídicas que no requieran de Concesión ni Autorización, para ejercer actividades de generación, transmisión y distribución, deberán adoptar las medidas que sean necesarias a fin de mitigar el impacto de sus actividades en el ambiente,*

adecuándose a los Límites Máximos Permisibles. [Énfasis añadido]

Podemos observar que en estas disposiciones, se exige a los privados que desarrollan actividades eléctricas (se entiende que en sus fases correspondientes como generación, transmisión, etc) el deber de contar con un mecanismo de control y prevención, en concreto, tener a un especialista para prevenir futuros efectos ambientales negativos, es decir un oficial de cumplimiento en temas ambientales. Lo anterior, sí cumple con lo postulado en la posición estricta debido a que, de no contar con un oficial de cumplimiento para que diera aviso de las contingencias, (que por tratarse de industria se dan cotidianamente) traería como consecuencia resultados contaminantes previstos por el tipo penal.

Ahora bien, en la segunda parte (entiéndase la segunda disposición) podemos observar la exigencia a los privados de una obligación general, cuando estos no cuenten con título habilitante para desarrollar dichas actividades, en este caso, tendrán como obligación respetar los límites máximos permisibles. Y, el respeto de estos parámetros es causa suficiente, en los casos concretos, de haber impedido resultados negativo-contaminantes. Así, se presta mayor exactitud a lo postulado por la posición estricta, de modo que al ofrecer parámetros objetivos su control deberá ser estricto y las consecuencias contaminantes exigidas por el tipo penal serán de evidente constatación.

Siguiendo con el desarrollo de este Reglamento, el legislador ha impuesto instrumentos de gestión ambiental específicos para desarrollar las actividades eléctricas en sus diversas fases. Como lo habíamos señalado en líneas anteriores, el efectivo cumplimiento de contar con instrumentos ambientales, trae como consecuencia irrefutable, en el caso concreto, que se evite resultados contaminantes previstos por el tipo penal. Ya sea, porque al momento en el cual los privados incorporan a su actividad económica instrumentos de gestión ambiental cuentan con una serie de conocimientos, deberes, compromisos con la autoridad ambiental, y, porque también estas actividades económicas respetarán

lineamientos de seguridad, que salvo medie otra causa hará que se desencadenen consecuencias negativo-contaminantes.

De ese modo, los Artículos 13° y 20° disponen:

Artículo 13.- *“En la solicitud de una Concesión definitiva, el solicitante presentará ante la DGE del Ministerio, un EIA de conformidad con el inciso h) del Artículo 25 de la Ley y con las normas que emita la DGAA, sin perjuicio de lo dispuesto en el cumplimiento del Artículo 19”*

Artículo 20.- *“Los sistemas eléctricos que se encuentren en operación, deberán presentar un EIA, para los casos en los que se considere una ampliación de sus instalaciones en más del cincuenta por ciento de su capacidad instalada y/o un incremento en un veinticinco por ciento de su nivel actual de emisiones y/o que involucre la utilización de nuevas áreas”.*
[Énfasis añadido]

Por otro lado, sin ser exclusivo de las actividades de hidrocarburos, en las actividades eléctricas, también se prevé la adecuación ambiental a las nuevas formas de contaminación aplicadas a determinados supuestos, durante la actividad económica. Así es notorio, que el cumplimiento de éstos, trae directamente como consecuencia, que se evite resultados contaminantes que han sido previstos por el tipo penal.

Las razones, además de las anteriores, abundan; pero una de ellas es la búsqueda de cumplimiento de la norma que, orienta las conductas de los privados en el desarrollo de sus actividades económicas. En ese proceso, el privado está actualizado, en cuanto a las nuevas formas de contaminación que aparecen en sus actividades. Así el Artículo 21° establece:

Artículo 21.- *El objetivo de los PAMA's es lograr la reducción de los niveles de contaminación ambiental en las actividades eléctricas, hasta alcanzar los Límites Máximos*

Permisibles, y su adecuación a todo lo establecido en el presente Reglamento

Artículo 22.- *Las disposiciones del PAMA son aplicables a todas las Concesiones y Autorizaciones que se encuentren operando antes de la promulgación del presente Reglamento. [Énfasis añadido]*

En el mismo reglamento, con un matiz distinto, el legislador prevé un deber para los privados en el desarrollo de sus operaciones, cuando exige que se preserve determinados tipos de construcciones. Su cumplimiento, desde luego -en esta dirección-, podrá prevenir que se produzcan condiciones inestables en el medio ambiente y, de modo similar evitará que se produzcan los resultados contaminantes previstos en el tipo penal. Así, el Artículo 34° establece:

Artículo 34.- *En las Concesiones y Autorizaciones, todos los Proyectos Eléctricos serán diseñados, construídos, operados y cerrados de modo tal que no originen condiciones inestables ambientales, especialmente erosión e inestabilidad de taludes. [Énfasis añadido]*

De modo más concreto, en el Artículo 42° se establecen una serie de deberes intrínsecos al desarrollo de las actividades eléctricas. Consideramos, por tanto, que el cumplimiento de los mismos si evitará se produzcan los efectos contaminantes previstos, en suma, porque se constituyen como lineamientos de seguridad, previsión técnica, medidas de prevención y otros, así tenemos:

“Artículo 42. (...) *e. Mitigar los efectos sobre la salud debido a la contaminación térmica, ruidos y efectos electromagnéticos, no superando los Límites Máximos Permisibles. (...)*

(...) i. Construir y operar los Proyectos Eléctricos de tal forma que se evite o minimice el impacto debido al sonido en áreas sensitivas (residenciales, recreacionales, áreas de hábitat sensitivo al ruido, etc.). [Énfasis añadido]

De la misma forma que en el subsector Hidrocarburos, los supuestos en que los privados, en el desarrollo de actividades eléctricas, se sirven de usar determinados “materiales”, deberán contar con determinadas autorizaciones. Ello pareciera más un deber de carácter formal, y no de realizar comportamientos materiales, sin embargo, consideramos que, el uso de materiales radioactivos se debe hacer en cumplimiento de determinados estándares de diligencia, por medio de los cuales, los privados podrán prevenir consecuencias –ahora con mayor gravedad por el carácter que representa- negativos ambientales previstos en el tipo penal. En el Artículo 43° se establece:

Artículo 43.- *“Si por la naturaleza de sus actividades, una Concesión o Autorización requiere utilizar material radioactivo, deberá solicitar la autorización respectiva al Instituto Peruano de Energía Nuclear (IPEN), debiendo ceñirse a las reglas y pautas dictadas por dicho organismo.”*
[Énfasis añadido]

Finalmente, en la primera disposición transitoria del citado Reglamento, se exige a los titulares de actividades eléctricas, conservar determinados parámetros, en cuanto a algunos aspectos de sus actividades que no se encuentran regulados aún por la autoridad ambiental. En este deber impuesto a los privados, consideramos que su cumplimiento si evita comportamientos contaminantes previstos, puesto que, aparecen nuevas formas de contaminación que el legislador aún no ha previsto ni ha tomado en cuenta.

En los casos concretos, en que el incumplimiento de esta disposición haya directamente producido resultados contaminantes

previstos por el legislador, estaremos ante la norma administrativa idónea para traspasar el primer umbral del tipo penal ambiental. Ello en concordancia con la posición estricta que orienta nuestro trabajo.

Disposición Primera.- *“Los solicitantes de Concesiones o Autorizaciones y aquéllos que tengan instalaciones en operación, deberán aplicar las Normas de Emisiones e Inmisiones de las organizaciones internacionales hasta cuando éstas sean determinadas por la Autoridad Competente”* [Énfasis añadido]

Después de revisar los subsectores Hidrocarburos y de actividades Eléctricas, nos ocupa analizar uno que, representa una regular fuente de contaminación. Se trata de la industria manufacturera, que cuenta con un Reglamento algo desactualizado, pero a la fecha, algunas de sus disposiciones nos serán útiles desde el objeto de este estudio. Por ello, el Reglamento de Protección ambiental para el desarrollo de actividades de la Industria Manufacturera aprobado mediante **Decreto Supremo N° 019-97-ITINCI** establece en el Artículo 9° obligaciones a los privados, relacionadas con dotar de medios, en específico instrucciones y capacitaciones a su “oficial de cumplimiento” para que realice las acciones necesarias y poder evitar que se externalicen los efectos negativos contaminantes. Es, en ese sentido, que consideramos al igual que en las disposiciones anteriores –de otros sectores de actividad- que el efectivo cumplimiento de este deber impuesto a los privados, evitará en los casos concretos, consecuencias negativas previstas por el tipo penal.

Artículo 9. *“Los titulares de actividades de la industria manufacturera promoverán la especialización y capacitación del personal requerido a fin de hacerse cargo de la evaluación y ejecución de acciones destinadas a promover al interior de la empresa prácticas de prevención de la*

contaminación, y adopción de tecnologías limpias y de control ambiental de la empresa, debiendo identificar los problemas existentes y futuros, desarrollar planes de prevención y rehabilitación, definir metas para mejorarlo y controlar el mantenimiento de los programas ambientales.”
[Énfasis añadido]

Además de la disposición anterior, se establecen exigencias de contar con determinados instrumentos de gestión ambiental, cuales al igual que en las otras actividades económicas se constituyen como obligaciones de los privados. En ello, se confieren una serie de conocimientos técnicos, medidas de previsibilidad en sus actividades, y otros lineamientos. De modo que, consideramos que en el caso concreto el cumplimiento de contar con los instrumentos de gestión ambiental respectivos, evitará que se produzcan los resultados que prevé el tipo penal. En su Artículo 10° se establece:

Artículo 10.- *Exigencia para nuevas Actividades o Ampliación.- Los titulares de la industria manufacturera deberán presentar: 1. Un EIA o una DIA como requisito previo al inicio de nuevas actividades. 2. Un EIA o una DIA para los que realicen incrementos en la capacidad de producción, de tamaño de planta o instalación fabril, diversificación, reubicación o relocalización.*

Artículo 18.- *PAMA.- De conformidad con lo establecido en el inciso 2) del Artículo 8, la adecuación a las regulaciones ambientales a que se encuentran obligadas las empresas de la industria manufacturera, se hará a través de los PAMA para la Industria Manufacturera. Los PAMA son exigibles a las empresas que tengan actividades en curso a la fecha de promulgación de normas que contengan obligaciones ambientales que impliquen una adecuación. La presentación*

del PAMA se sujetará a los plazos y condiciones que apruebe la Autoridad Competente. [Énfasis añadido]

Nos ocupa ahora, seguir desarrollando los subsectores de actividades económicas con efectos ambientales previstos por el legislador, y que mejor momento para exponer ciertos aspectos del subsector minero, el cual representa el más grande potencial económico en nuestro país, y cuenta ahora con un novedoso instrumento normativo.

Se trata del Reglamento de Protección y gestión ambiental para las Actividades de Explotación, beneficio, labor general, transporte y almacenamiento minero aprobado por **Decreto Supremo N° 040-2014-EM¹⁴⁰** –con carácter general en temas ambientales-, el cual, alberga muchas áreas, en relación a la minería, y contaminación ambiental.

Pues bien, con la misma dinámica que se ha venido desarrollando este trabajo, expondré las principales disposiciones, que de conformidad con el objeto de este estudio, nos son útiles. En esa dirección, la posición estricta seguirá guiando nuestro entender para así encontrar las disposiciones acertadas.

En primeros órdenes, el Artículo 16° establece el marco de responsabilidad, a la cual los titulares de las actividades mineras están obligados cumplir. De ese modo, las obligaciones ambientales o deberes impuestos versarán dentro de este conjunto previsto por la norma, ello con la finalidad de poder identificar cuáles obligaciones ambientales acarrear infracciones administrativas, para posteriormente poder analizar –de darse el caso- los resultados previstos y exigidos por el tipo penal ambiental.

Artículo 16. *El titular de la actividad minera es responsable por las emisiones, efluentes, vertimientos, residuos sólidos, ruido, vibraciones y cualquier otro aspecto de sus operaciones, así como de los impactos ambientales que pudieran generarse durante todas las etapas de desarrollo*

¹⁴⁰ Publicado en el Diario el Peruano con fecha 12 de Noviembre del 2014.

del proyecto, en particular de aquellos impactos y riesgos que excedan los Límites Máximos Permisibles y afecten los Estándares de Calidad Ambiental, que les sean aplicables o afecten al ambiente y la salud de las personas. (...) [Énfasis añadido]

De modo similar al subsector hidrocarburos, para el inicio de este tipo de actividades se hace necesario contar con determinados instrumentos de gestión ambiental, los cuales comprenden lineamientos, condiciones de seguridad, de tipo técnico o tecnológico, compromisos ambientales que los privados necesitan tener en el desarrollo de sus actividades.

En tal sentido, este conjunto de conocimientos del que es dotado el titular de éstas actividades, le confiere el *status* para el cuidado de los aspectos ambientales. Se afirma por tanto que, el cumplimiento de estos deberes si trae como consecuencia, que en los casos concretos se evite el resultado previsto por el tipo penal. El Artículo 17° dispone:

Artículo 17. *“Antes del inicio de la actividad minera, incluyendo la etapa de construcción, el titular debe contar con la Certificación Ambiental correspondiente o su modificatoria, así como con las licencias, autorizaciones y permisos que establece la legislación vigente ...(...)”*
[Énfasis añadido]

En esa misma línea, para el caso concreto de las certificaciones otorgadas por la aprobación de instrumentos ambientales, tales como el Estudio de Impacto ambiental Semidetallado (EIASd) y el Estudio de impacto ambiental detallado (EIAAd) se hace una distinción en categorías, para cada fase de las actividades mineras. Es decir, el titular de actividades mineras estará obligado a contar con un determinado instrumento ambiental por cada fase en la que se encuentre el desarrollo de sus actividades. Los Artículos 24°, 25° y 26° establecen:

Artículo 24. *Las categorías de los estudios ambientales aplicables a las actividades mineras son: a) Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd) Categoría II; b) Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d). Categoría III. (...)*

Artículo 25. *Los proyectos mineros que involucren actividades de explotación y/o beneficio serán clasificados en la Categoría III. Las actividades mineras de labor general, transporte o almacenamiento de minerales y/o concentrados, comprendidas en el presente Reglamento serán clasificadas en la Categoría II o III en el marco en la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. (...).*

Artículo 26.- *De conformidad con el principio de indivisibilidad, los proyectos mineros deberán contar con un EIA-sd o EIA-d que integre el conjunto de actividades y componentes interrelacionados en la unidad minera. (...)*
[Énfasis añadido]

Siguiendo con el desarrollo del presente reglamento, el Artículo 43° establece disposiciones relacionadas al cumplimiento de parámetros fijados por la autoridad ambiental. En ese contexto, es importante señalar que, el cumplimiento de estos parámetros evita que se produzcan los resultados previstos por el tipo penal, puesto que se exigen niveles, dentro los cuales, las conductas contaminantes (emisiones o efluentes) deben mantenerse. El mismo establece:

Artículo 43. *Las emisiones y efluentes vertidos al ambiente que se deriven de las actividades mineras, no podrán exceder los límites máximos permisibles establecidos. Asimismo se deberán determinar medidas para controlar las emisiones*

fugitivas y no sobrepasar la capacidad de carga del cuerpo receptor, evaluada en base a los estándares de calidad ambiental legalmente establecidos. (...) [Énfasis añadido]

Las otras disposiciones en el presente reglamento, por comportar un carácter estrictamente técnico y por estar condicionadas a que se aprueben y publiquen los Términos de Referencia Comunes, por el Ministerio del Ambiente, no se han considerado en este estudio, en cuanto en muchos casos están sujetas a ciertas variaciones.

c. Límites máximos permisibles

Los límites máximos permisibles son en nuestro trabajo el tercer elemento del primer nivel de remisión del delito de contaminación ambiental. Se encuentran estrechamente relacionados con los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) los cuales están referidos a la calidad de los medios de vida. Los límites máximos permisibles, tienen relación con los efectos de la actividad del hombre sobre estos medios, sustentándose en las normas constitucionales que disponen que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la salud y que el derecho de propiedad debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley¹⁴¹.

Los podemos encontrar definidos por el legislador en los incisos 1 y 2 del Artículo 32° de la Ley General del Medio Ambiente):

“Artículo 32.1 *El Límite Máximo Permisible - LMP, es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al*

¹⁴¹ DE LA PUENTE BRUNKE, L. “La industria y la rigidez actual en la aplicación de los límites máximos permisibles: caben excepciones”. en *Themis*, N° 56, 2008. pp. 7 y ss.

ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.]

32.2 El LMP guarda coherencia entre el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y los niveles generales que se establecen en los ECA. La implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas, de acuerdo con las normas sobre la materia.” [Énfasis añadido]

Se puede observar que en esta disposición además de las anteriores descritos anteriormente, son criterios que establecen esa barrera de lo prohibido respecto a las formas de contaminación ambiental. En ese sentido, los límites máximos permisibles legalmente pueden ser exigidos a la industria por la autoridad ambiental y son utilizados para el control de las fuente puntuales de contaminación y está referido en valores límites¹⁴².

Entre los principales instrumentos que recogen Límites Máximos permisibles se encuentran entre Reglamentos, Resoluciones Directorales, etc.

- i.) Reglamento aprobado por el **Decreto Supremo N° 037-2008-PCM** que establece los Límites Máximos permisibles de Efluentes líquidos para el Subsector Hidrocarburos.
- ii.) Reglamento aprobado por el **Decreto Supremo N° 014-2010-MINAM** que establece los Límites Máximos permisibles para las Emisiones gaseosas y de partículas de las Actividades del Subsector Hidrocarburos.
- iii.) **Resolución Presidencial N° 192-2007-CONAM-PCD** que establece los Límites máximos permisibles de efluentes líquidos y para

¹⁴² *Ibidem*, p.8.

emisiones atmosféricas de fuente puntual en actividades minero metalúrgicas.

iv.) Reglamento aprobado por el **Decreto Supremo. N° 003-2010-MINAM** que establece los Límites Máximos Permisibles para los efluentes de plantas de tratamiento de Aguas residuales domésticas o municipales.

v.) **Resolución Directoral N° 08-97-EM/DGA**, que establece los Niveles Máximos permisibles para efluentes líquidos producto de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

vi.) **Resolución Ministerial N° 315-96-EM-VMM**, que establece los Niveles Máximos permisibles de elementos y compuestos presentes en emisiones gaseosas provenientes de actividades minero-metalúrgicas.

vii.) Reglamento aprobado por **Decreto Supremo N°10-2010-MINAM** que establece los Límites máximos permisibles para la descarga de efluentes líquidos de Actividades Minero- Metalúrgicas.

viii.) Reglamento aprobado por **Decreto Supremo N°011-2009-MINAM** que establece los Límites máximos permisibles para las emisiones de la industria de harina de aceite de pescado y harina de residuos hidrobiológicos.

ix.) Reglamento aprobado por **Decreto Supremo. N°047-2001-MTC** que establece los Límites máximos permisibles de emisiones contaminantes para vehículos automotores que circulen en la red vial.

x.) Reglamento aprobado por **Decreto Supremo N°003-2002-PRODUCE** que establece los Límites máximos permisibles y Valores referenciales para las actividades industriales de cemento, cerveza, curtiembre y papel.

En cuanto a éstos, existe la Resolución del Consejo Directivo del OEFA, que en el ejercicio de sus atribuciones en aspectos ambientales, establece un marco general aplicable a la normativa vigente de Límites Máximos Permisibles. Se aprobó el cuadro de Tipificación y Escala de Sanciones relacionados al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles: **Resolución del Consejo Directivo 045-2013-OEFA-CD**, la

cual hace una distinción de las infracciones según la gravedad de la conducta, y especifica ciertas afectaciones al Medio Ambiente y sus componentes, de acuerdo a lo exigido por ilícito penal ambiental. Sin embargo, en nuestra consideración esta reglamentación ambiental es esencial para los elementos del nivel de resultado, en tanto solo a éstos los afectaría, y no a los del primer nivel, que se encuentran relacionados con el medio ambiente y sus componentes.

d. El medio ambiente y sus componentes

El medio ambiente definido en este trabajo ha sido encaminado a una solución casi intermedia. Puesto que, entre las concepciones amplias y restrictivas, nos situamos en una que considera al ambiente como los elementos bióticos y abióticos, tomando como referencia la relación entre estos y las condiciones en función al hombre. Se trata de un bien jurídico colectivo, por ende su titularidad es difusa y pertenece a la colectividad. Sin embargo, para no cambiar de sentido, es necesario dar un concepto orientado a ser un bien jurídico pasible de ser afectado, en las formas prohibidas recogidas en los elementos del primer nivel de remisión.

Pues bien, en búsqueda de seguridad jurídica, recogemos la definición del medio ambiente del numeral 3 del Artículo 2 de la Ley General del Medio Ambiente (Ley N°28611) que define al medio ambiente como:

Artículo 2.3 *“Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el*

patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.” [Énfasis añadido]

Además de lo anterior, los componentes del medio ambiente también son considerados en el tipo penal. Razón por la cual, debemos considerar dentro de los comportamientos contaminantes a los casos en que de manera aislada solo afectan a un componente del medio ambiente o a más de ellos, verbigracia *el aire, el agua, el suelo*. Se puede perseguir por tanto, legítimamente conductas infractoras que dañen solo aspectos del medio ambiente.

Una vez descrito brevemente los tres elementos del Primer nivel (Nivel de prohibición) y su regulación, –aunque no absoluta- en relación con la afectación al medio ambiente y sus componentes, nos ocupa revisar los elementos del segundo nivel (resultado), a fin de completar con nuestro análisis del delito de contaminación ambiental.

2. Segundo nivel

Para efectos pedagógicos, haremos mención de los elementos comprendidos en este: calidad ambiental y salud ambiental, los cuales se constituyen muchas veces como estados de idoneidad a los que, se les debe observar en relación con la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

a. La calidad ambiental

En nuestra consideración, la calidad ambiental referida en el delito de contaminación ambiental está comprendida por los Estándares de Calidad Ambiental. Para ello, se debe tener claro que la calidad de los mismos debe estar en posibilidades de ser afectada en las formas exigidas en el tipo penal (pasibles de perjuicio, alteración o daño grave previstos en una norma reglamentaria de la materia). Resulta insoslayable por

tanto, que se pretenda sancionar un comportamiento contaminante en sede penal sin constatar este resultado. Ahora bien, la calidad ambiental, sin pasar desapercibida, ha sido objeto de atención por nuestro legislador, en ciertas áreas que la actividad contaminante pueda afectarla.

Podemos afirmar que, está comprendida por ciertos elementos indispensables para el desarrollo de los seres humanos, así se puede entender como la medida de un elemento, ya sea el agua o aire para que se bueno. Así, en una definición, que hila en el mismo sentido, presente en la Ley General del Medio Ambiente (Ley 28611), de los incisos 1° y 4° del Artículo 31°, se dispone:

Artículo 31.1. *El Estándar de Calidad Ambiental - ECA es la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos*

(...)

Artículo 31.4. *Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá hacer uso de los estándares nacionales de calidad ambiental, con el objeto de sancionar bajo forma alguna a personas jurídicas o naturales, a menos que se demuestre que existe causalidad entre su actuación y la transgresión de dichos estándares. Las sanciones deben basarse en el incumplimiento de obligaciones a cargo de las personas naturales o jurídicas, incluyendo las contenidas en los instrumentos de gestión ambiental. [Énfasis añadido]*

De la lectura de las anteriores disposiciones, podemos apreciar que se subraya la exigencia al operador jurídico, de la verificación de un nexo de causalidad entre la actividad contaminante y la transgresión de los estándares de calidad ambiental. En ese orden de ideas, comportamientos que por sí mismos no hayan tenido lugar dentro de esa relación de causalidad estarían dentro del margen de lo permitido. Pero ello, no puede ser una puerta para que los responsables de este tipo de conductas no fuera sancionado.

Por consiguiente, debemos realizar un relajamiento en la estructura de imputación, entonces, al momento de imputar la transgresión de los estándares mencionados se tendrá en cuenta el rol o competencia que desempeña el agente contaminante, al que se dotarán conocimientos necesarios y especializados, propios de su competencia. Así, la relación de causalidad ya no tendrá que satisfacer lo que prescribe la disposición anterior, porque el fundamento de la estructura de imputación ya no tendrá que ser causar, sino a nivel de competencia.

Con esta solución, se encuentra atajada esta disyuntiva referente a la exigencia impuesta por el legislador, y ahora, serán sancionados los comportamientos omisivos, los cuales no encajaban en esta concepción causalista.

Una vez resuelto el problema, debemos precisar que los Estándares de Calidad Ambiental, no son únicos y exclusivos, porque cuando hablamos de temas ambientales, las formas de protección ambiental así como las formas de afectación, son cada vez más dinámicas. Y en tal sentido, irán apareciendo nuevas medidas de afectación a los elementos del medio ambiente.

De ese modo, nuestro ordenamiento recoge el **Estándar de Calidad del Agua** en el **Decreto Supremo 002-2008-MINAM**, y logra dividirlo por categorías. Cada una de ellas, hace referencia al tipo de agua y a la utilidad con la que el hombre le da. En la Primera de ellas, está el tipo de agua poblacional y recreacional, los usos a darse; en la Segunda y Tercera categoría se encuentran las aguas de actividades marino costeras y las aguas de riesgos vegetales y bebidas animales. Finalmente, en la Cuarta categoría se encuentran las aguas que, son usadas para la conservación del ambiente acuático, como los lagos y

lagunas, ríos y ecosistemas marinos costeros, como estuarios y marinos propiamente dichos.

Por su parte, el Estándar de Calidad del Aire es al igual que el anterior, uno de los más cuidados y prestados de especial atención por el legislador peruano, también por el Órgano de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Las razones para esto son evidentes, y su protección también es tarea nuestra. Lo hace el Reglamento aprobado mediante **Decreto Supremo N° 074-2001-PCM**, en el cual se puede observar qué elementos se constituyen como los más dañinos y dañosos, así como, el período promedio en que éstos pueden estar presentes en el aire. Entre los elementos más contaminantes y dañosos, están en primera línea el Dióxido de Azufre, el PM-10, Monóxido de Carbono, Dióxido de Nitrógeno, etc. No siendo suficiente para el legislador esta previsión, ha puesto de relieve qué lugares son de especial atención para proteger determinados estándares, dentro de los cuales se encuentra Arequipa, Chiclayo, la Oroya, Piura, Cerro de Pasco, etc. Ello lo hace, con la intención de prestar atención a los lugares donde hay yacimientos mineros, combustión automovilística, y otros tipos de contaminación latente.

En lo que respecta a los Estándares de Calidad del Suelo, el Decreto **Supremo 002-2013-MINAM**, distingue entre clases de suelo para brindarles una mayor protección. Se encuentran los de tipo *orgánico*; que a su vez son de subclase: suelos agrícolas, suelos residenciales o parques, suelo comercial o extractivo y por otro lado los *inorgánicos*. De ésta distinción, es comprensible que fue plasmada obedeciendo a las propiedades de los suelos que permitan la presencia de determinados elementos contaminantes. Por poner un ejemplo, en los suelos residenciales o parques el número de elementos contaminantes como el Benceno o Naftaleno será menor que en los suelos agrícolas. En efecto, el sentido de esta protección busca prevenir posibles consecuencias contaminantes, por cada tipo de suelo, según la utilidad dada por el hombre.

Otro de los Estándares de Calidad recogidos por el legislador es el del ruido, el cual se encuentra recogido en el Reglamento de los Estándares de Calidad del Ruido aprobado por **Decreto Supremo N°085-**

2003-PCM, dentro del cual se puede apreciar una distinción en base a las zonas donde se producen mayores afectaciones por presiones sonoras. Éstas, son a su vez expresadas en Decibeles y Decibeles A, con la función de tomar como referencia un ambiente determinado (exterior e interior) y los niveles de ruido que estén en condiciones de generar daño a la salud y al bienestar humano. Del mismo modo que en los anteriores, se encuentran divididos zonas de Protección Especial, zonas residenciales, zonas comerciales, zonas industriales.

Sobre lo expuesto, nos resta señalar que este tipo de contaminación necesita urgentemente que, prestemos la suficiente preocupación de exigir su cumplimiento o denunciar su defraudación, en tanto es notoria su falta de persecución en nuestro país.

En último lugar y sin pretender ser exhaustivo los Estándares de Calidad de las Radiaciones no Ionizantes, se encuentran en el Reglamento aprobado por **Decreto Supremo 010-2005-PCM**, que a su vez se encuentran divididos según las intensidades en las que se presentan, como en la intensidad del campo eléctrico, campo magnético, y en densidades como en el flujo magnético, y en aplicaciones como en la radio, tv, etc.

A fin de no olvidar el requisito cualificado exigido por el tipo penal, debemos señalar que en estos instrumentos reglamentarios no existe ninguna alusión a lo exigido por el tipo penal (resultado de perjuicio, alteración o daño grave) en relación con la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental. No lo hace de manera expresa, o en un sentido que conlleve a concluir aquello. Es por esta razón, que sostenemos -con autoridad- que aquellos comportamientos contaminantes que transgreden los estándares de calidad, (independientemente de sus efectos) solo se sancionarán -a la fecha- en sede administrativa y con ello, tendríamos garantizado, el tan invocado, principio de legalidad.

b. La salud ambiental

Entender por *salud ambiental* y los aspectos que comprende, es revisar la tarea legislativa que aún no ha sido comenzada y, por ende según principios fundamentales del derecho penal, lo harían inaplicable en la persecución de delitos de contaminación ambiental. Sin embargo, en primera línea se puede entender como la salud de las personas y de ciertos elementos del medio ambiente. Más de cerca, esta salud aludida está comprendida por ese estado de cosas idóneas que comprende los aspectos que, son necesarios para que la persona y ciertos elementos del medio ambiente puedan desarrollarse en las condiciones óptimas, más allá de las mínimas necesarias.

En ese sentido, estas condiciones óptimas se pueden lograr de una gran variedad de maneras, entre ellas: eliminando y controlando las fuentes de riesgos que pueden dañarla, situándola en el centro y fin de toda política de gestión ambiental, dándole prioridad en su protección, eliminando las condiciones que hacen imposible que el hombre pueda aprovechar los recursos naturales de manera responsable, entre otras. Esta abstracción, se hace más concreta cuando confirmamos su sentido en el Artículo 66° de la Ley General del Medio Ambiente (Ley 28611) que, a pesar de ir menos pasos hacia delante de la anterior, comparte algunos aspectos:

Artículo 66.1 *La prevención de riesgos y daños a la salud de las personas es prioritaria en la gestión ambiental. Es responsabilidad del Estado, a través de la Autoridad de Salud y de las personas naturales y jurídicas dentro del territorio nacional, contribuir a una efectiva gestión del ambiente y de los factores que generan riesgos a la salud de las personas.*

66.2 *La Política Nacional de Salud incorpora la política de salud ambiental como área prioritaria, a fin de velar por la minimización de riesgos ambientales derivados de las*

actividades y materias comprendidas bajo el ámbito de este sector. [Énfasis añadido]

Además de esta disposición legal, el Artículo 53° de la misma Ley establece que hay o puede haber pluralidad de autoridades en materia de salud ambiental:

“Artículo 53. De los roles de carácter transectorial 53.1 *Las entidades que ejercen funciones en materia de salud ambiental, protección de recursos naturales renovables, calidad de las aguas, aire o suelos y otros aspectos de carácter transectorial (...)*”

Revisando las anteriores disposiciones, podemos comprender que las autoridades competentes en salud ambiental como el DIGESA u otro, estén en aptitud, mediante una directiva, en definir concretamente, qué es salud ambiental y sus aspectos determinados. Ello precisamente, para después por medio de un reglamento, se establezcan los resultados exigidos por el tipo penal de contaminación ambiental, en cuanto a la calificación de la autoridad ambiental se refiere. No es complicado afirmar por ello que, la salud ambiental, no son solo elementos de una lista taxativa, sino además situaciones, usos y otras prácticas de obligatorio cumplimiento, que traigan como resultado la salud de los componentes del ambiente y, con ello, la del ambiente.

Por lo expuesto, más allá de ser reconocida esta buena intención por delimitar éste elemento del segundo nivel de remisión, es necesario confirmar lo esbozado en el elemento anterior, en tanto que a la fecha no existe algún reglamento que, haya identificado los resultados exigidos por el tipo penal (perjuicio, alteración, daño grave), en relación con la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental. En efecto, las conductas contaminantes que contravengan las disposiciones relacionadas a la salud ambiental, solo se deberán castigar en sede administrativa.

c. La calificación reglamentaria de la autoridad ambiental

El delito de contaminación ambiental exige la presencia de los anteriores elementos en la configuración del tipo, sin embargo, éstos deben aparecer en la estructura típica como un estado de resultado de perjuicio, alteración y daño grave. Éstos, en estrechísima relación con la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, para así determinar en qué casos las conductas contaminantes sean sancionadas en sede penal. En el mismo lenguaje, esta calificación versará sobre la gravedad del resultado, calificará qué gravedad es la suficiente, para que se configure como un elemento del tipo penal.

Podemos anotar dos ideas puntuales acerca de éste elemento del tipo penal. *Primero*, la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental solo afecta o incide a la calidad ambiental y a la salud ambiental, y no en el medio ambiente y sus componentes. Ello en tanto, éstos últimos ya se encuentran relacionados con la infracción de leyes, reglamentos y límites máximos permisibles. De ese modo, no puede exigírseles, para sancionar penalmente, la previa reglamentación ambiental.

Y, en *segundo lugar* ésta calificación no puede, de ninguna forma, equipararse al Informe Técnico de la autoridad ambiental correspondiente¹⁴³, puesto que, éste además de tener un carácter meramente procedimental, solo nos da una opinión especializada acerca de la normativa ambiental que ha sido infringida. A saber, solamente nos

¹⁴³ El informe técnico fundamentado emitido por la autoridad ambiental competente, que establece el Artículo 149.1 de la Ley General del medio ambiente. Ley N°28611, solo versa sobre la normativa que ha sido infringida, es un instrumento de naturaleza más bien procesal, que vinculante. *Cfr.* ORE SOSA, E., “*Delito de contaminación: ¿Entre la omisión y el delito permanente? A propósito de la Sentencia Casatoria N°383-2012 La Libertad*”, [en línea] Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo. Friburgo. 2014. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140708_01.pdf [Consulta 15.10.2014].

da luz sobre la normativa ambiental infringida, y éste no se constituye como prueba plena, a la cual el operador judicial no puede apartarse, teniendo más bien, el carácter de una prueba pericial¹⁴⁴.

El camino que tiene el legislador para definir este elemento típico penal, es vía reglamentaria, aunque algunos autores consideran dentro de éste, también a los Informes de la autoridad ambiental competente, es decir del OEFA (Órgano de Evaluación y fiscalización ambiental). Contrariamente a ello, consideramos que, dentro del concepto de reglamento, no se puede concebir a los informes técnicos, en tanto, éstos versan sobre situaciones concretas, individuales y temporales. Y, en muchos casos estas definiciones, lineamientos u otros aspectos que se desprenden de los mismos, no son suficientes para establecer criterios objetivos de la gravedad exigida por el tipo penal.

En igual sentido, CALDERON VALVERDE señala que la calificación reglamentaria exigida por el tipo penal debe calificar no solamente la infracción (como leve, grave o muy grave) sino también el daño ambiental. Acompaña a su postura, unos comentarios formulados por la *Comisión de Justicia y de Derechos Humanos del Congreso de la República* “La introducción de la calificación de grave sobre el daño se hace por oposición al daño leve que será una falta administrativa, a ello se alude con la precisión según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental”. En suma, la calificación reglamentaria se refiere a la consecuencia del ilícito a fin de ilustrar al juez sobre la gravedad de la misma¹⁴⁵.

Del planteamiento anterior, se pueden concebir, con claridad que, la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, ha sido impuesta para distinguirse entre comportamientos que, estén en la aptitud

¹⁴⁴ Similarmente CALDERÓN VALVERDE, L. “El delito de contaminación del ambiente. (Art. 304 Código Penal)”, en *Gaceta Jurídica*, N°55, 2014, p.13 y ss. El autor hace referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional que recae en el Exp. N° 05719-2005-AA establecía entre las razones decisorias que la calificación del informe técnico fundamentado como fehaciente era inconstitucional, toda vez que vulneraba los derechos de defensa, de prueba y, en esencia el debido proceso.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.14.

suficiente de producir un resultado de gravedad o causen un resultado igual, de las conductas contaminantes que no reúnan dicha cualidad. Sin embargo, en los reglamentos ambientales de nuestro ordenamiento jurídico, escasamente se hace referencia a la gravedad de potencial resultado.

Pero, para salvaguardar el sentido razonable de plano normativo, sobre el inmenso vacío de punibilidad que ello conlleva, podemos observar en el ámbito de los Límites máximos permisibles (LMP) se hizo mediante en una Resolución del Consejo directivo, **Resolución del Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA-CD** –posterior a los LMP-, aunque no era necesaria, a criterio de este trabajo; nos ofrece mayores herramientas a la hora de determinar la sanción.

C. Posicionamiento

De acuerdo a lo esbozado en las líneas anteriores, compartimos el criterio que en el delito de contaminación ambiental se hacen exigible – de acuerdo a la estructura típica-una serie de requisitos de tipo normativo. En efecto, consideramos que, lo concerniente a la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, no debe ser otra cosa más que un reglamento y las normas de rango reglamentario. De modo que, se pueda distinguir entre una calificación realizada por la autoridad y, el informe al ministerio público, sobre situaciones particulares o algún caso en concreto.

Queda por tanto comenzar una tarea interpretativa, de los textos normativos relacionados con la calidad ambiental y la salud ambiental para identificar, en qué casos –de no estar la gravedad requerida *expresamente* de las otras conductas- determinadas características de las conductas contaminantes prescritas, lleven a concluir solamente, que se trata de conductas contaminantes gravosas. Y, así, en tal dirección, la tarea de la autoridad ambiental que deberá reglamentar la gravedad del resultado, y no solamente los Límites máximos permisibles (LMP) que, desde nuestra perspectiva, no eran necesarios. No obstante, éstos no entorpecerán la persecución de conductas contaminantes en este ámbito,

sino más bien, le ofrecen al juez un elemento normativo adicional para su decisión.

Necesitamos por ello que, existan cuerpos reglamentarios para ayudar a mantener incólume el principio de legalidad, como garantía plena de los ciudadanos y, poder sancionar, en sede penal, delitos contra el medio ambiente. Lo dicho hasta aquí, no tiene la intención de cambiar la base sólida que tenemos acerca del injusto penal, sino más bien, busca identificar un elemento más del tipo penal, el cual se corresponde con el resultado exigido por el delito de contaminación ambiental.

Dicho lo anterior, ha sido definida nuestra intención en estas breves líneas, acerca de lo que entendemos por el delito de contaminación ambiental y los caracteres que representa. En esa dirección esperamos la lectura de la misma sea de gran agrado para los lectores de ese trabajo, y del mismo modo, represente un alentador inicio de una post-investigación en temas ambientales.

CONCLUSIONES

- I. A manera de sintetizar lo expresado en el presente capítulo, además de los anteriores, pasaré a poner de manifiesto ideas concluyentes a fin de tener en claro el entendimiento de los aspectos que comprende el delito de contaminación ambiental presente en el Artículo 304° del Código Penal Peruano.
- II. El delito de contaminación ambiental de nuestro ordenamiento, forma parte de lo que se entiende como el derecho penal moderno, propio de las sociedad moderna. Una sociedad de riesgos, información, tecnología.
- III. El delito de contaminación ambiental, se aleja de las estructuras típicas de imputación exigidas en los delitos de viejo cuño, para pasar a constituirse en una categoría de delitos modernos como los de peligro.
- IV. La persecución penal de los delitos de contaminación ambiental toma como bien jurídico colectivo al “equilibrio ecosistémico o

equilibrio del ecosistema” desde una perspectiva antropocéntrica moderada.

- V. El derecho penal ambiental y, en concreto el delito de contaminación ambiental se sirve de la técnica de la ley penal en blanco, para remitirse a normativa administrativa.
- VI. Existe perfectamente armonía entre el principio de legalidad del derecho penal (delito de contaminación ambiental) y las leyes penales en blanco, en los casos en que la normativa materia de remisión comprende criterios de especificación.
- VII. En el delito de contaminación ambiental de nuestro ordenamiento están presentes remisiones de leyes (concepción amplia) y conceptos administrativos.
- VIII. Dentro de la estructura del delito de contaminación ambiental se pueden identificar dos niveles de remisión normativa. El primero de ellos, constituye la normativa que necesita ser infringida (nivel de prohibición, en relación al medio ambiente y sus componentes) y, el segundo, constituye como el resultado exigido por el tipo penal (nivel del resultado, en relación a la calidad ambiental y salud ambiental) al cual, se le exige la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.
- IX. A la fecha, ésta calificación reglamentaria ambiental se ha realizado sólo mediante la Resolución del Consejo Directivo OEFA **RCD-045-2013-OEFA-CD**, en relación con los límites máximos permisibles. En esa dirección, las conductas que hayan afectado la calidad ambiental o salud ambiental se podrán sancionar exclusivamente en sede administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

ALASTUEY DOBÓN, M., *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código Penal)*, Comares, Granada, 2004.

ANDALUZ WESTREICHER, C., *Manual de Derecho Ambiental*, 3era ed, Editorial “Iustitia”, Lima, 2011.

BARCO LECUSSAN, O., *El principio constitucional de legalidad y su aplicación en el Derecho Administrativo, Penal y Tributario*, en *Gaceta Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

BECK, U., *Políticas ecológicas en la edad de riesgo: antídotos. La irresponsabilidad organizada*, El Roure, Barcelona, 1998.

CARO CORIA, C., *Derecho Penal del Ambiente: Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999.

FIANDACA, G., *Derecho Penal. Parte General*, 4ta ed., Trad. Luis Fernando Niño, Temis, Bogotá, 2006.

FUENTES OSORIO, J., “Accesoriedad administrativa y delito ecológico”, en AA.VV., *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Coord. PÉREZ ALONSO, E., Tirant lo Blanch, España, 2012.

GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2008.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Parte General*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2009.

GRACIA MARTIN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

LAMADRID UBILLÚS, A., *El Derecho Penal Ambiental en el Perú: ¿realidad concreta o simbolismo práctico*, Grijley, Lima, 2011

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

LOZANO CUTANDA, B., *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal Español y comparado*, Editorial Comares, Granada, 1997.

MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*, 3era ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

MARTOS NÚÑEZ, J., *Derecho Penal Ambiental*, Exlibris Ediciones, Madrid, 2006.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Derecho penal y protección del ambiente*, Codex, Madrid, 1992.

MAURACH, R., *Derecho penal. Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, 7ma ed., Trad. Boffil Genzsch, J y Aimone Gibson, E., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994-1995.

MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, España, 2001.

MIGUEL PERALES, C. *Derecho español del medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2009

PAZ DE LA CUESTA AGUADO, M. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

PEÑA CABRERA FREYRE, A., *Los delitos contra el ambiente: derecho penal- parte especial*, Editorial Rodhas, Lima, 2010.

SAINZ CANTERO, J., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3era ed., Bosch, Barcelona, 1990.

SCHÜNEMANN, B., *Temas Actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

SERRANO TÁRRAGA, D., *Tutela penal ambiental*, Dykinson, Madrid, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, J., *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 2da ed., Euros Editores, Buenos Aires, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal del medio ambiente*, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

TIEDEMANN, K., *Temas de derecho penal económico y ambiental*, Idemsa, Lima, 1999.

VALLE MUÑIZ, J., *La protección Jurídica del Medio Ambiente*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

ARTÍCULOS DE REVISTA

ANTÚNEZ SÁNCHEZ A. Y BATISTA CONTRERAS R., “Marco teórico legal del delito penal ambiental, tratamiento en el Derecho Cubano”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, n°44, 2013, pp. 143-187.

BOGADO M. Y FERRARI, D., Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético. [en línea] *Revista del Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*. Buenos Aires. 2009, pp. 1-16.

<http://ciidpe.com.ar/area1/Delitos%20de%20aptitud.Ferrari.pdf>

[Consulta 14-02-2014]

CALDERÓN VALVERDE, L., “El delito de contaminación del ambiente. (Art. 304 Código Penal)”, en *Gaceta Jurídica*, N°55, 2014, pp. 143-158.

CARO CORIA, D., Sociedades de Riesgo: bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo [en línea] *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, 2006, pp. 1-21.

<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Bjc-concurso.pdf>

[Consulta 06-03-2015]

DE LA PUENTE BRUNKE, L., “La industria y la rigidez actual en la aplicación de los límites máximos permisibles: caben excepciones”. en *Themis*, N° 56, 2008, pp. 219-229.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Sobre la Administrativización del Derecho Penal en la sociedad de riesgo. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 19, 2007, pp. 161-204.

GARCÍA ARAN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, n° 16, 1992-1993, pp. 63-104.

GONZÁLES GUITIÁN, L., “Sobre la accesoriedad del Derecho penal en la protección del medio ambiente”, en *Estudios Criminales y Criminológicos*, n° 14, 1991, pp. 109-136.

GRACIA MARTIN, L., “¿Qué es la modernización del Derecho Penal?”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, n° 12, 2005, pp. 117-189

GRACIA MARTIN, L., “La modernización del Derecho Penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 3, 2010, pp. 27-72.

HASSEMER, W. “Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, trad. ELENA LARRAURI, n°14, 1992, pp. 235-250.

HASSEMER, W., “Perspectivas del Derecho penal del futuro”, Trad. Enrique Anarte Borallo, en *Revista Penal*, n° 1, 1998, pp. 37-42.

HEINE, G., “Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente”, Trad. DE LA CUESTA AGUADO, P. en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n°3, 1993, pp. 289-316.

HEINZ. “Probleme des Umweltstrafrechts im Spiegel der Literatur“, en *NStZ*, 1981, pp. 241-280.

HERRERA GUERRERO, M., “Derecho penal medioambiental y accesoriedad administrativa en la configuración de algunos delitos del Código Penal español: inconvenientes y propuestas de solución”, en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, derecho procesal y penitenciario*, n° 76, 2010, pp. 49-63.

HERZOG, F., “Límites al control penal de los riesgos sociales”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n° 46, 1993, pp. 317-328.

HIRSCH, H., “Sistemática y límites de los delitos de peligro”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, n°9-10, 2009, pp. 157-181.

KINDHÄUSER, U. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal” [en línea] Trad. Nuria Pastor Muñoz, *Indret: Revista para el análisis del derecho*. Barcelona. 2009, pp. 1-19. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf> [Consulta 10.08.2014].

MAYO CALDERÓN, B., “Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n°17, 2005, pp. 287-378.

MENDOZA BUERGO, B., “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, N° 9, 2002, pp. 39-82.

MESTRE DELGADO, E., “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, N°2, 1988, pp. 503-528.

MONTIEL FERNÁNDEZ, J. “Pericias políticas criminales de la Expansión del Derecho Penal”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, n° 17, 2006, pp. 115-170.

ORE SOSA, E., “Delito de contaminación: ¿Entre la omisión y el delito permanente? A propósito de la Sentencia Casatoria N°383-2012 La Libertad”, [en línea] *Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo*. Friburgo. 2014, pp. 1-12. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140708_01.pdf [Consulta 15.10.2014]

PAREDES CASTAÑÓN, J., “Sobre el concepto del Derecho Penal del riesgo: algunas notas”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, n° 4, 2003, pp. 111-130.

SESSANO GOENAGA, C., “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades para su tratamiento jurídico” [en línea] *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, p. 1-34. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf [Consulta: 18-03-2014].

SILVA SÁNCHEZ, J., “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables. El caso de las leyes penales en blanco”, en *Revista de estudios penales y criminológicos*, n°16, 1992-1993, pp. 423-461.

SILVA SÁNCHEZ, J., “Protección Penal del Medio Ambiente. Texto y Contexto del Artículo 325”, en *Revista La Ley*, n°3, 1997, pp. 1724-1725.

URRAZA ABAD, J., “Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo en Materia de Protección Penal del Medio ambiente”, en *Revista La Ley*, n° 4, 2000, pp.1580-1605.