



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La legitimación penal de los delitos contra el
medioambiente**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Marcela Belen Castillo Zapata

**Asesor(es):
Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán**

Piura, setiembre de 2019



Aprobación

Tesis titulada “*La legitimación penal de los delitos contra el medioambiente*” presentada por la bachiller Marcela Belen Castillo Zapata en cumplimiento para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán.

Director de tesis





Dedicatoria

Le dedico este trabajo a mis padres, Clodomira y Máximo, y a mi hermana, Fatima, porque me enseñaron a luchar contra las adversidades y a nunca darme por vencida.





Agradecimiento

Al Dr. Ronald Vílchez, por ser un gran profesional, por todo el apoyo brindado para la realización de este trabajo y por todos los consejos de vida.





Abreviaturas

art.	artículo
Cfr.	Confróntese
cit.	citado
cit. por	citado por
CONAM	Consejo Nacional del Ambiente
Const.	Constitución Política del Perú
Coord.	Coordinador(es)
CP	Código Penal
Dir.	Director (es)
DIRESA	Dirección Regional de Salud
Exp.	Expediente
Ibídem	en el mismo lugar
OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
LGA	Ley General del Ambiente
LMP	Límite Máximo Permisible
MINAM	Ministerio del ambiente
MTC	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
p./pp.	Página/páginas
párr.	párrafo
SEIA	Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental
ss.	siguientes
Vid.	Véase
Vol.	Volumen



Resumen Analítico-Informativo

Título de tesis: La legitimación penal de los delitos contra el medioambiente.

Autor de la tesis: Marcela Belen Castillo Zapata.

Asesora de la tesis: Dr. Ronald Vílchez Chinchayán.

Tipo de tesis: Tesis.

Título que opta: Abogada.

Institución. Facultad: Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Fecha de sustentación: Piura, setiembre de 2019.

Palabras claves: Delitos contra el medioambiente/ Bien jurídico protegido/ Clase de conducta/ Consecuencias jurídicas/ Contaminación/ Delitos de elusión.

Introducción: El desarrollo científico-tecnológico, el crecimiento desproporcionado de la población y su intento por dominar el planeta, rompe el equilibrio y se produce, entre otros inconvenientes, la contaminación ambiental, tema preocupante en la actualidad, donde el Derecho penal interviene para su protección. Sin embargo, hay cuestiones que no quedan claras entorno al bien jurídico protegido, la clase de conducta punible y las consecuencias jurídicas a aplicar en los delitos contra el medioambiente, por eso el motivo de estudio de este trabajo que se dirige al caso de los delitos de contaminación ambiental.

Metodología: Métodos descriptivo y analítico.

Resultados: Son tres capítulos en los que se divide la tesis, así que respecto del primer capítulo presentamos los problemas y el por qué el Derecho penal interviene en los delitos contra el medioambiente. En el segundo capítulo desarrollamos y analizamos, en primer lugar, las cuestiones teóricas respecto a el cómo interviene el Derecho penal con figuras como los delitos de peligro concreto o abstracto. Además, comentamos la relación que tiene el Derecho administrativo y el Derecho penal por la aparición de figuras como el principio de precaución. Y en tercer capítulo brindamos nuestra postura respecto a los problemas establecidos.

Conclusiones: Respecto del bien jurídico protegido concluimos que lo que se protege es el mantenimiento de la vigencia de la norma por la importancia social del medioambiente y la interacción con el ser humano, así mismo, respecto de la conducta jurídica, analizamos una nueva clasificación de delitos, llamados, delitos de elusión, y concluimos que se pueden aplicar a los delitos contra el medioambiente, específicamente de contaminación, finalmente respecto de las consecuencias jurídicas, presentamos dos alternativas que pueden reemplazar la pena privativa de libertad aunque no la descartan del todo y estas son las penas restrictivas de derechos y las multas.

Fecha de elaboración del resumen: 26 de setiembre de 2019.

Analytical-Informative Summary

Thesis title: The criminal legitimacy of environmental crimes.

Author of the thesis: Marcela Belen Castillo Zapata.

Thesis Advisor: Dr. Ronald Henry Vélchez Chinchayán.

Thesis type: Thesis.

Title: Lawyer.

Institution. Faculty: University of Piura. Law School.

Sustentation date: Piura, September del 2019.

Keywords: Environmental crimes/ Protected legal good/ Class of conduct/ Legal consequences/ Pollution/ Crimes of circumvention.

Introduction: Scientific-technological development, disproportionate population growth and its attempt to dominate the planet, breaks the balance and environmental pollution occurs, among other disadvantages, a worrying topic today, where the law criminal proceedings are involved for their protection. However, there are unclear issues around the protected legal good, the kind of punishable conduct and the legal consequences to be applied in environmental crimes, so the reason for studying this work that is directed to the case of crimes environmental pollution.

Methodology: Descriptive and analytical methods.

Results: These are three chapters in which the thesis is divided, so with regard to the first chapter we present the problems and why criminal law intervenes in environmental crimes. In the second chapter we develop and discuss, first of all, the theoretical questions regarding how criminal law is involved with figures such as crimes of concrete or abstract danger. In addition, we comment on the relationship between administrative law and criminal law for the appearance of figures such as the precautionary principle. And in the third chapter we give our position on the problems set.

Conclusions: With regard to the protected legal good, we conclude that what is protected is the maintenance of the validity of the rule because of the social importance of the environment and interaction with the human being, also, with regard to legal conduct, we analyze a new classification of crimes, called, crimes of circumvention, and we conclude that they can be applied to crimes against the environment, specifically pollution, finally with regard to the legal consequences, we present two alternatives that can replace the custodial sentence even if they do not rule it out altogether and these are the restrictive penalties of rights and the fines.

Summary date: September 26, 2019.

Lista de Contenidos

Introducción	1
Capítulo 1 Perspectiva jurídica del medioambiente.....	3
1. Cuestión previa: la sociedad del riesgo y el medioambiente	3
2. Protección jurídica del medioambiente	5
2.1. Perspectiva desde el Derecho constitucional y civil.	7
2.2. Perspectiva desde el Derecho administrativo.	8
2.3. Perspectiva desde el Derecho penal y el medioambiente.....	10
2.3.1. Controversia del bien jurídico protegido. Teorías y posturas	13
2.3.2. Problemas con la configuración jurídica del delito	18
2.3.3. Problemas con las consecuencias jurídicas del delito.....	19
3. Los delitos medioambientales y su desarrollo pacífico	20
Capítulo 2 Los delitos contra el medioambiente: ¿delitos de resultado o peligro?	23
1. ¿Protección dirigida a los ecosistemas?.....	23
2. Calificación y configuración del delito: ¿significan un prototipo de los delitos de peligro?	27
2.1. Calificación como delito de resultado o peligro	29
2.2. Calificación como delito de peligro concreto o abstracto.	30
2.3. Calificación como delitos acumulativos: ¿administrativización del Derecho penal?.....	33
2.4. Calificación como delitos de mera conducta: ¿responsabilidad por desobediencia?..	36
2.5. La presencia del principio de precaución: ¿Es coherente con nuestro marco normativo penal.....	39
3. Marco penal abstracto. Atribución de responsabilidad	42
4. Balance	46
Capítulo 3 Propuesta a las cuestiones planteadas	49
1. Sobre el bien jurídico protegido	49
1.1. Anotaciones previas.	49
1.2. Precisiones.	55
2. Sobre la configuración y calificación de la conducta del delito	56
2.1. Marco teórico: delitos de elusión.	56
2.2. Aplicación del modelo en los delitos contra el medioambiente.	62

3. Sobre las consecuencias jurídicas	70
Conclusiones	77
Referencias bibliográficas	81



Introducción

Al principio de los tiempos el hombre siempre convivió de manera armónica con la naturaleza, porque el impacto que éste causaba en ella siempre era restablecido a través de los procesos biológicos, de la interacción del medio ambiente y sus diferentes componentes. Con el avance científico-tecnológico, el crecimiento desproporcionado de la población y su intento por dominar el planeta, rompe el equilibrio y se produce, entre otros inconvenientes, la contaminación ambiental. Esto debido a la actuación del hombre que produce terribles consecuencias en el ambiente tales como la extinción de especies animales y vegetales, poniendo incluso en riesgo la misma existencia de la raza humana. El ataque al medio ambiente, como vemos, tiene varias formas de manifestarse causando, así una lesión o poniendo en peligro determinados objetos de protección. Debido al impacto y la especial repercusión que las conductas contaminantes tienen en nuestra sociedad y sus eventuales consecuencias, nos proponemos en este trabajo analizarlas desde el Derecho penal, aunque enfocando nuestra atención en un aspecto concreto de los delitos de contaminación ambiental, con ello hacemos referencia en primer lugar al bien jurídico protegido, en segundo lugar a la clase de conducta jurídica a la que pertenece estos delitos y el cómo la intervención de la llamada administrativización del Derecho penal ha ido afectando en algunos casos y en tercer lugar a las consecuencias jurídicas aplicables o de posible aplicación a estos tipos penales.

Por eso, iniciamos, en el capítulo primero, señalando algunos matices propios de la protección penal destinada a esta clase de bienes jurídicos, aunque sin dejar de considerar una visión mucho más amplia de la protección jurídica al medio ambiente. De este modo, pretendemos fijar el punto de partida que nos permitirá contar con las nociones básicas acerca del objeto de protección y las formas de reacción penal. Esto es necesario debido a que el carácter persuasivo y coercitivo de esta rama del Derecho público conduce a establecer tipos penales que con el fin de evitar la destrucción ambiental pueden generar serias dificultades para dar paso a su configuración y posterior sanción.

Posteriormente a ese estudio general ya mencionado, nos dirigiremos, en el segundo capítulo, a revisar la forma que el Derecho penal adopta para la protección del medio ambiente, con ello nos concentraremos en la clase conducta antijurídica que hace punible esta clase de delitos. Así, nos precisaremos que algunos de los delitos contra el medio ambiente tienen una configuración como delitos de resultado y otros como delitos de peligro. En estos últimos, donde se produce un adelantamiento de la intervención penal, lo importante será plantearnos un concepto de peligro y sobre la base de éste, explicar la eventual configuración de un delito de peligro concreto o abstracto. Asimismo, podremos analizar si se trata más bien

de delitos de acumulación o delitos de mera conducta, es decir ya sea, en el primer caso, un conjunto de acciones que pueden paulatinamente impactar gravemente al ambiente o en el segundo caso suceda que el desvalor de resultado se encuentre en la acción misma. Esto será de importancia pues los delitos contra el medioambiente tienen la apariencia de requerir una protección mucho más anticipada acogiéndose al Derecho penal, pero que también puede encontrar protección en el Derecho administrativo, produciendo la impresión de una administrativización del Derecho penal.

Adicionalmente, también el segundo capítulo, nos encargaremos de analizar una figura que suele aparecer en el desarrollo de los delitos contra el medio ambiente. Nos estamos refiriendo al principio de precaución que, aunque tenga una relación más estrecha con el Derecho Administrativo, existen supuestos en los que se recurre a este principio como criterio de fundamentación de los delitos de peligro, de los que especialmente es parte el medioambiente. Por eso, veremos si existen casos de delitos medioambientales caracterizados por la imposibilidad de tener certidumbre científica absoluta acerca de los riesgos o probables daños ambientales. El objetivo es dar una respuesta o justificación a estas cuestiones según el contenido de este principio, sus elementos como son la existencia de un riesgo potencial; segundo, la existencia de una incertidumbre científica frente al mismo; y tercero, las medidas que se van a adoptar.

Finalmente, en el tercer capítulo, presentaremos nuestros criterios de interpretación y los validaremos dando respuesta a las principales interrogantes expuestas en los dos capítulos previos. Presentaremos nuevas posturas, como son los delitos de elusión, como posible interpretación para estos delitos. Las interpretaciones y los criterios que vamos a plasmar aquí para solucionar esos problemas significarán un nuevo estudio de aquel dilema que involucra de alguna u otra forma tanto al Derecho penal como al administrativo y que pretende contribuir a la discusión dogmática de los delitos contra el medio ambiente en general.

Capítulo 1

Perspectiva jurídica del Derecho penal

1. Cuestión previa: la sociedad del riesgo y el medioambiente

Desde un comienzo la sociedad siempre ha sido consciente de que su desarrollo estaba sujeto a la explotación de su entorno. La Revolución Industrial grafica perfectamente aquella afirmación, pues ella significó los mayores cambios tecnológicos, económicos, sociológicos y culturales en la historia de la humanidad¹ a través de transformaciones y explotaciones de los recursos. Por ejemplo, las industrias requerían cada vez mayor cantidad de materias primas, el aumento de la demanda exigía sistemas más sofisticados para la obtención de los recursos y la tecnología los proporcionaba, dando como resultado la constitución de sociedades urbano-industriales con una compleja problemática basada en la intensidad de las actividades humanas modificadoras del ambiente².

Esto quiere decir que, el empleo de medios técnicos, la comercialización de productos y la utilización de sustancias cuyos posibles efectos nocivos no se conocían de modo seguro, introdujeron un factor importante de incertidumbre en la vida social pues la seguridad de los bienes jurídicos necesitaba de la realización de conductas de control de riesgos por parte de terceros³. Por eso, a partir de la década de los sesenta, en los países industrializados maduró una serie de metodologías para evaluar las posibilidades que tenía la población de sufrir daños en la salud ante la exposición a contaminantes ambientales. Estas metodologías acuñaron sus propuestas bajo el nombre genérico de «evaluación de riesgos»⁴. Esta dependía de lo que sintieran los individuos con respecto al riesgo, que para unos podía ser propiamente un riesgo y para otros no. En definitiva, la vivencia subjetiva del riesgo sería claramente superior⁵.

Ante estas cuestiones, se evaluaba la conducta humana, separando el comportamiento permitido del no permitido. El riesgo permitido se trataba del permiso de aquel riesgo que se hallaba vinculado necesariamente a la configuración de la sociedad, por tanto, se trataba de una concreción de adecuación social⁶. Este ha de determinarse de modo relativo al rol de

¹ ABOSO, *El Derecho penal ambiental. Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, pp. 4-5.

² Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, pp. 3-8.

³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Bdef, Buenos Aires 2011, pp. 15-17.

⁴ BESTANI, *Principio de Precaución*, Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2012, cit. p.96.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Bdef, Buenos Aires 2011, cit. p. 27.

⁶ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia Centro de Investigaciones de Derecho penal, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, 1995, p. 38.

quienes pueden lícitamente organizar un ámbito vital⁷. Por lo tanto, el riesgo no permitido era y será toda aquella conducta que no sea conforme a una forma de organización lícita en la sociedad. No obstante, existen dificultades ya que se hace patente el enfrentamiento entre seguridad y libertad, es decir entre la necesidad de proteger bienes jurídicos, o dar paso a la actuación de los ciudadanos según sus propios intereses⁸.

En el caso de la protección de los bienes jurídicos, la tutela natural, obedece a múltiples razones que se enmarcan en lo que se denomina como “sociedades de riesgo”⁹, es decir aquellas en donde la realidad, se percibe y estructura como una constante tensión entre seguridad y riesgo, de lo que dan cuenta múltiples estudios científicos, pero sobre todo la experiencia general derivada de enormes eventos lesivos de bienes jurídicos fundamentales¹⁰. Esto se advierte en la actual crisis ecológica, dado que se vivieron numerosos desastres ambientales, como el desastre químico ocurrido en Chernóbil, así como una larga lista de casos de derrames de petróleo contaminando el recurso hídrico, que han sido suficientes para despertar la conciencia social sobre el problema medioambiental y con ello el crecimiento de las demandas sociales para la adopción de políticas apropiadas dirigidas a estos nuevos desafíos¹¹.

La intervención técnica y científica ha sido de tal magnitud que ha sobrepasado la necesidad de cuidado de los recursos naturales, de tal modo que se está experimentando en ciertos campos una retracción negativa de la naturaleza antes nunca dada. Así, la tendencia de ésta a volver a ser como lo era antes, no resulta ahora tan fácil que ocurra, debido a la rapidez y a la intensidad del impacto de nuestros medios técnicos, que modifican los tiempos y los modos por los cuales aquélla retomaba el restablecimiento del equilibrio instituido¹².

Por ende, la situación actual demanda, más que nunca, un tratamiento jurídico acucioso de la regulación y fiscalización de los recursos naturales y la protección del ambiente en general, a efectos de nuestra existencia en un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida

⁷ *Ibíd.* cit. p. 58

⁸ Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, p. 182.

⁹ En la obra de Beck, se acuñó el término de “sociedad de riesgo” caracterizado como un estado de desarrollo en el que las bases de la organización social ya no sólo son la administración y distribución de los recursos, sino, fundamentalmente, la distribución de los riesgos. Cfr. al respecto BECK, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*; Editorial Paidós, Barcelona, 1998, cit. p. 19.

¹⁰ CARO CORIA, *El Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, pp. 401-402.

¹¹ ABOSO, *El Derecho penal ambiental. Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 5.

¹² Cfr. BESTANI, *Principio de Precaución*, Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2012, pp.74-75.

para que sea posible en el planeta en las próximas décadas¹³. Ese tratamiento jurídico comenzará con un conjunto de reglas y principios preservadores de la naturaleza y de sus elementos constitutivos básicos o esenciales para su complejo equilibrio: aire, espacios y especies protegidas, paisaje y fauna, aguas, montes, suelos y subsuelos y recursos naturales¹⁴.

Debido a esta situación, el arribo del Derecho ambiental es un símbolo de nuestra era. La preservación y promoción del ambiente y la implementación de un modelo de desarrollo sostenible es una preocupación de la sociedad de estos tiempos y, por consiguiente, de su Derecho. Ya que se trata de establecer las reglas que hagan posible la existencia de un ambiente equilibrado y sostenible para todas las especies.¹⁵

Asimismo, se procura explicar la trascendencia de la explotación de los recursos naturales para el desarrollo de las poblaciones y su influencia en el mayor o menor grado de evolución socioeconómica alcanzada¹⁶. Sabemos que el hombre dependerá de su entorno, pero este también significa una zona de conflicto social latente¹⁷, en la cual se encuentran riesgos y peligros por los que existirá la necesidad de concentrarse y fortalecer el instrumento jurídico para hacerles frente, pues el Derecho es el medio adecuado para ello.

2. Protección jurídica del medioambiente

Como ya hemos advertido en el apartado anterior, la sociedad del riesgo tiene una verdadera necesidad de seguridad y esta tendencia se traduce en contener, con ayuda jurídica, la formación de peligros no consentidos, por eso es que el concepto de sociedad del riesgo nos sirve como clave para entender el actual derecho, que se encarga también del tratamiento de peligros e inseguridades. Esto nos dirige hacia la apreciación del lugar que ocupan los problemas ambientales en la sociedad del riesgo ante el resultado de la creciente conciencia de nuevos peligros que amenazan a la especie humana en su conjunto¹⁸.

Para ello, nos conviene recordar que esta preocupación por la preservación del medio ambiente se generalizó al mismo tiempo que las sociedades desarrolladas constataban los

¹³ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, p. 07.

¹⁴ RUIZ DÍAZ, *El hombre y el medio ambiente*, Universidad de Salamanca, 2011, cit. p. 69.

¹⁵ Ibidem, cit. p. 66.

¹⁶ ABOSO, *El Derecho penal ambiental. Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 13.

¹⁷ Cfr. DE ZSÖGÖN, *Antropología ambiental. Conflictos por recursos naturculturales y vulnerabilidad de poblaciones*, Dykinson, Madrid, 2014, cit. p. 11.

¹⁸ Cfr. LANEGRA, <<Derecho Ambiental-Diálogo y debate sobre Derecho y Política Ambiental e Indígena, blog sobre la Política Ambiental y Sociedad del riesgo>>, publicado el 04 de noviembre del 2006. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoambiental/2006/11/04/politica-ambiental-y-la-sociedad-del-riesgo/>

límites de un sistema económico basado en el consumo indiscriminado de los recursos naturales, el cual produjo una degradación a menudo irreversible del ambiente¹⁹.

En consecuencia, la sociedad actual aparece caracterizada por la propia diversidad y complejidad social, un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad, con un marco económico rápidamente cambiante y con la aparición de avances tecnológicos sin comparación que deterioran rápidamente al medio ambiente²⁰.

Así para poder mantener en equilibrio las relaciones entre el hombre y el ambiente al que pertenece, se han establecido una serie de normas y principios de obligatorio cumplimiento, con el fin de procurar un ambiente sano y el desarrollo sostenible²¹. La rama del derecho encargada de esta tarea es el Derecho ambiental y para poder regular las conductas necesitará de una legislación ambiental, sin embargo, no es la única rama que vela por el medio ambiente, sino que es importante señalar que una de las características que perfilan al Derecho ambiental es el carácter pluri e inter disciplinario de este, toda vez que requiere y precisa el auxilio de otras ramas del saber o la ciencia y de otras áreas del derecho en general²².

Actualmente, las vías de acceso a la justicia ambiental se dan en cuatro ramas importantes del Derecho: constitucional, civil, administrativo y penal. A cada una de estas las analizaremos de manera muy general concentrándonos en algunos de los aspectos característicos referentes al daño, así como algunas pequeñas diferencias entre ellos que nos ayudarán a encaminarnos hacia la particular protección que tiene el Derecho penal en el medio ambiente.

¹⁹ GONZÁLES LÓPEZ, *La preocupación por la calidad del medio ambiente. Un modelo cognitivo sobre la conducta ecológica* (Tesis para optar el grado de doctor), Universidad Complutense de Madrid, cit. p. 18.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Bdef, Buenos Aires 2011, cit. p. 13.

²¹ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, cit. p. 623.

²² *Ibidem*, p. 633.

2.1. Perspectiva desde el Derecho constitucional y civil. En cuanto a la protección desde el Derecho constitucional desde aquí se tutela el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (artículo 2 de la Constitución, inciso 22). Así pues, nos encontramos que en nuestro sistema el medio ambiente²³ es uno de los bienes jurídicos que la Constitución²⁴ expresamente menciona como objeto de protección o tutela pues toda persona tiene el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida. Pero eso no es todo, sino que también exige el deber de los demás a respetar el medio ambiente²⁵.

En el campo del Derecho civil, el daño es la piedra angular de esta rama del derecho²⁶ y los daños de naturaleza ambiental suelen ser producto de la acumulación de los efectos de las actividades contaminantes o degradantes²⁷. Por eso se afirma que el daño ambiental además de afectar el equilibrio propio de los ecosistemas y la biodiversidad, en muchas ocasiones perjudica los intereses legítimos de una pluralidad de sujetos, los cuales pueden ser de variada complejidad para su individualización, dependiendo del tipo y gravedad del daño acontecido, vulnerando un interés de naturaleza difusa²⁸. La legitimidad para ejercer esta defensa de intereses difusos está regulada en el artículo 82 del Código Procesal Civil, cuyo ejercicio

²³ Es en ese contexto que el Tribunal Constitucional en su sentencia N°03343-2007-PA/TC (19 de Febrero de 2009). Constituye un precedente en el ámbito de los deberes de regulación específica del Estado peruano respecto a las normas protectoras de los derechos de las comunidades nativas y toca los temas de participación de estas en las actividades que las afecten, así como el reconocimiento de los deberes de las empresas que realizan actividades económicas en territorios de las comunidades., ha establecido el derecho de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. Respecto del segundo, este debe ser entendido como aquella obligación u obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares, especialmente a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente.

²⁴ La Constitución Española y el derecho de la Unión Europea, de modo semejante a nuestra Carta Magna, apuestan por un modelo de desarrollo sostenible que permite la coexistencia del sistema de protección ambiental con el desarrollo económico, e imprimen a la tutela una orientación antropocentrista moderada, abierta a las necesidades humanas per sin marginar el valor de los otros modos de vida, en: Caro Coria, *El Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, cit. p. 46

²⁵ Esto implica que las relaciones jurídicas que tengan por objeto el ecosistema tienen vocación de permanencia en el tiempo. Cfr. ALTAMIRANO, *El Derecho Constitucional a un ambiente sano, Derechos humanos y su vinculación con el Derecho tributario*, Revista Derecho y sociedad-Asociación civil, publicado en 2004, cit. p.04. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/16789/17102>.

²⁶ DE LA PUENTE BRUNKE, Responsabilidad por el Daño ambiental puro y el Código Civil Peruano, Revista de Derecho Themis, publicado en 2011, cit. p. 4. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9070>.

²⁷ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, cit. p. 754.

²⁸ *Ibidem*, cit. p. 728. En estos casos, hay que tener en cuenta las particularidades del daño ambiental, pues no siempre será tarea sencilla la individualización del responsable o la certeza de que ocurrió un daño, esto se da por la dificultad intrínseca que muchas veces tiene establecer la relación entre sustancia contaminante o el daño depredatorio.

pueden promover las instituciones autorizadas por ley y generalmente corresponderá una indemnización en cada caso como reparación del daño²⁹.

2.2. Perspectiva desde el Derecho administrativo. En cuanto a los procedimientos administrativos sancionadores en materia ambiental, tienen por finalidad asegurar el equilibrio entre el libre ejercicio de las actividades económicas y el derecho fundamental de todas las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida³⁰. Así, en la vía administrativa se puede lograr la reparación de los daños generados en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

Además de los procedimientos sancionadores en el campo administrativo tenemos a los actos administrativos que consagran títulos habilitantes para la realización de actividades con potencial impacto ambiental y resulta de gran utilidad para la protección del interés público³¹. Esto se debe a que el Estado tiene como obligación el prevenir adecuadamente los daños que se puedan causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana y, a su vez, la obligación de los particulares de proceder de modo similar cuando realizan actividades económicas que inciden directa o indirectamente en el ambiente³². Esto a su vez, se expresa a través del ejercicio de importantes potestades administrativas, como la de policía, la de fiscalización y control³³.

Cabe precisar que en algunos casos se puede condicionar la configuración del delito –materia de Derecho penal– a la previa existencia de una infracción administrativa o a la falta de acto administrativo previo, y aquí aparece la figura de la ley penal en blanco por medio del cual la norma penal hace una remisión a normas de carácter extrapenal,

²⁹ En materia de responsabilidad civil el daño es el presupuesto más importante de reparar, en: Andaluz Westreicher, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, cit. p. 729. Se habla de responsabilidad ambiental, cuyo principio “quien contamina paga”, tiene su origen en el derecho internacional, este acotado principio refiere que la responsabilidad y la indemnización por los daños ambientales debe ser desarrollado a nivel interno de cada Estado suscriptor de la Declaración de Estocolmo, por ello en torno al daño ambiental o contaminación ambiental se han desarrollado figuras jurídicas internas para combatirla o prevenirla, como la responsabilidad ambiental en vía administrativa, penal, civil, las mismas que llevan aparejadas la imposición de sanciones, en: Cabrera Freyre, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 28.

³⁰ EGÚSQUIZA MORI, El Derecho administrativo sancionador ambiental: Experiencias en Colombia, España y Perú. Ponencias del I seminario internacional del OEFA, Gómez Apac (Dir.), Revista de Derecho Themis, publicado en marzo 2004, cit. p. 68. Disponible en: https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=6976

³¹ ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, cit. p. 824.

³² LÓPEZ RUIZ, *Análisis sobre el merecimiento y necesidad de pena en los delitos ambientales a propósito del delito de contaminación ambiental* (Tesis para optar el grado de abogado), Universidad de Piura, cit. p. 83.

³³ EGÚSQUIZA MORI, El Derecho administrativo sancionador ambiental: Experiencias en Colombia, España y Perú. Ponencias del I seminario internacional del OEFA, Gómez Apac (Dir.), Revista de Derecho Themis, publicado en marzo 2004, cit. p. 10. Disponible en: https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=6976

para completar el supuesto de hecho que constituye el tipo³⁴. Por ejemplo, en el caso del delito de minería ilegal, donde el que realice una actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos debe contar con la autorización de la entidad administrativa competente. Esto significa que el Derecho penal podrá actuar solo si no cuenta con la autorización administrativa. Sobre esta cuestión volveremos en el segundo capítulo.

Demos tener en cuenta que, el Derecho ambiental forma parte del Derecho administrativo y por sus peculiaridades configura una suerte de derecho administrativo especial, con principios y técnicas de derecho público, que le otorga una suerte de autonomía disciplinaria y científica³⁵. Dentro de los principios propios del Derecho ambiental encontramos uno que se ha llegado a postular como respuesta tentativa a las situaciones de catástrofes y riesgos globales, graves e irreversibles. Nos referimos al principio de precaución, cuyo auge actualmente se haya en los tratados internacionales, derecho y políticas nacionales, precisamente por las situaciones inéditas de incerteza, derivadas principalmente de los graves problemas ambientales que pusieron en cuestión la ideología y métodos científicos con los que se venía trabajando hasta el presente y con los que se enfrenta la sociedad tecnológica posmoderna³⁶. La aplicación de este principio puede ir más allá de la mera prudencia recomendable como rectora de nuestros actos³⁷, es decir actuar con extremo cuidado, diligencia y cautela al momento de tomar una decisión que, directa o indirectamente, pueda repercutir de forma adversa en el ambiente³⁸. Y es especial porque a efectos de esta investigación nos permitirá saber en qué ocasiones podríamos utilizarlo no sólo en casos de Derecho administrativo ambiental, sino también en casos penales. Más aún, si es que partimos de una política-social en pureza “preventiva”, anclamos el empleo de una serie de mecanismos, herramientas e instrumentos dirigidos a controlar focos de riesgos. El derecho positivo no puede esperar que se produzcan daños reales y visibles al medio ambiente, para intervenir antes concretas y específicas actividades humanas³⁹.

³⁴ LAMADRID UBILLÚS, *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿Realidad concreta o simbolismo práctico?* Lima, Editorial Grijley, 2011, cit. p.155

³⁵ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 36.

³⁶ Cfr. BESTANI, *Principio de Precaución*, Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2012, p.81.

³⁷ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, *Derecho Ambiental: El principio precautorio*, publicado en 2002, p. 02. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/>

³⁸ Cfr. AMES VEGA, *Iniciación al Derecho Ambiental*, publicado en 2014, p. 05. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13788/14412>.

³⁹ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima, 2010, cit. p. 19.

De cualquier forma, atendiendo a los derechos sustantivos de las áreas jurídicas con las que se esté relacionando el derecho ambiental, estos estarían encauzados, según corresponda, conforme con la legislación procesal civil, constitucional, administrativa o penal como veremos en el siguiente apartado. En el caso peruano no existe un procedimiento específico para someter los casos ambientales⁴⁰. El medioambiente pertenece a todos, no es privativo de unos cuantos, ni tampoco tiene que ver con el estatus socio-económico del ciudadano. Todos pueden verse afectados con la contaminación del medioambiente. Los riesgos deben ser primeramente identificados, deben ser medidos en su real potencial, para poder formular los instrumentos jurídicos idóneos, que puedan a corto, mediano y largo plazo augurar un medioambiente sostenible y equilibrado⁴¹.

2.3. Perspectiva desde el Derecho penal y el medioambiente. Como ya hemos mencionado⁴² la aparición de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes, el deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como bienes escasos, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba (como, por ejemplo, al medio ambiente⁴³) hace que la sociedad entienda que debe otorgarse una protección jurídico penal⁴⁴.

Pues bien, gracias al recorrido por las distintas formas de articular la protección del medio ambiente se ha puesto de manifiesto que la creciente preocupación por su tutela ha ido acompañada del esfuerzo por mejorar la protección penal tanto en lo que se refiere a la descripción de conductas típicas como a la forma de reaccionar frente a ella⁴⁵. Se trata de penalizar de forma efectiva y no crear una tendencia a operar como control social de forma más bien simbólica⁴⁶ que coercitiva⁴⁷. Para que esto suceda, la intervención penal debe partir

⁴⁰ ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, cit. p. 718.

⁴¹ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 89.

⁴² Cfr. *supra*, introducción.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Bdef, Buenos Aires 2011, cit. p. 11.

⁴⁴ ABOSO, *El Derecho penal ambiental, Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 43-44.

⁴⁵ MARTOS NÚÑEZ, *Derecho penal ambiental*, Exlibris ediciones, S.L, Madrid, 2006, p.113.

⁴⁶ La política criminal se encarga de orientar al Derecho penal para poder cumplir de la mejor manera posible su misión de proteger a la sociedad. De este modo, se conecta con las causas del delito, discute como debe redactarse los tipos penales, intenta determinar cómo se desarrolla los efectos de las sanciones aplicadas en el Derecho penal y considera hasta que límite debe actuar el Derecho penal. Por lo tanto, no solo actuará como un instrumento de control, sino que también tendrá como fin propio la realización de determinados valores, lo cual hace posible la convivencia pacífica en sociedad, en: López Ruiz, *Análisis sobre el merecimiento y necesidad de pena en los delitos ambientales a propósito del delito de contaminación ambiental* (Tesis para optar el grado de abogado), Universidad de Piura, cit. p. 06.

de una adecuada delimitación del concepto de ambiente y de los principios generales que, en este marco, han de inspirar la protección ambiental.

El Derecho penal ambiental perseguirá los atentados contra el ambiente por ser su protección jurídica de interés público, de manera que debe proteger los bienes fundamentales para que las personas puedan gozar del derecho constitucional a un ambiente sano equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, lo que supone el uso sostenible de sus componentes⁴⁸. Aun así, la intervención penal solo se torna indispensable e incuestionable; si es que el resto de parcelas de orden jurídico, han sido inoperantes, en el cometido de prevenir dichos modelos de conductas antijurídicas.

Cuando se ponga gravemente en riesgo el equilibrio de los sistemas naturales, estará en juego la ley penal, como instrumento insustituible de solución de conflictos, allá donde el resto del ordenamiento jurídico no haya podido tutelar el correspondiente bien jurídico con un mecanismo menos sacrificado⁴⁹.

En tal caso la sanción penal solo será aplicada cuando las conductas percibidas como peligrosas, y por principio permitidas, rebasen los márgenes de permisión o se desvíen del estándar aprovechándose de las ventajas que el propio sistema brinda o fomenta; convirtiéndose en intolerables y, por tanto, en objeto de persecución penal⁵⁰.

A pesar de todo, se puede advertir que, en la expansión del Derecho penal con el objetivo de prevenir los daños ambientales, ha conducido a tergiversar los fines del Derecho penal como *última ratio* en su papel de mediador en los múltiples conflictos intersubjetivos que se desencadenan en el seno de la sociedad regulada y las aspiraciones de pacificación atribuidas de manera inconsciente por este colectivo a la ley penal, lo transforman en un Derecho penal de *prima o sola ratio*⁵¹. Debido a que se enfrentará a conductas arraigadas socialmente que previamente no han estado sometidas a ningún modo de intervención o límite⁵². Esto es, que

⁴⁷ FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad de riesgo". Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI*, Derecho penal Contemporáneo-Revista Internacional, N°19, 2007, cit. p. 116.

⁴⁸ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, p. 765.

⁴⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, *Los Delitos contra el Medio Ambiente*, Lima, Editorial Rodhas SAC, Lima, 2010, cit. p. 09

⁵⁰ Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, p. 165.

⁵¹ HASSEMER, *Perspectivas del Derecho penal del futuro*, Revista penal n°1, 1998, p. 38.

⁵² Cfr. LÓPEZ RUIZ, *Análisis sobre el merecimiento y necesidad de pena en los delitos ambientales a propósito del delito de contaminación ambiental* (Tesis para optar el grado de abogado), Universidad de Piura, p. 16.

la figura del riesgo permitido de alguna manera crea para la población una sensación general de inseguridad, apareciendo una forma especial de vivir en riesgo⁵³.

En cierta medida se encuentra el punto al que se ha llegado de permitir ciertas conductas que, aunque son percibidas como arriesgadas o de cuidado, crean beneficios y favorecen diversos ámbitos de la vida social⁵⁴. Como ejemplo de esto tenemos el uso diario de automóviles para transporte personal, el cual produce un aumento de polución significable en el ambiente, debido a la intensa combustión de fósiles como la gasolina, por eso, aunque sea una actividad que se encuentra dentro del riesgo permitido, no es saludable si se requiere obtener un ambiente de calidad.

La medida sobre lo que es permitido, en lo que hoy en día vendría a ser el uso de nuevos aparatos, modos de organización o de establecer relaciones con otras personas, debe actualizarse para definir hasta qué grado es válida y no acarrea responsabilidad penal. Porque más allá de las contribuciones provenientes de las ciencias sociales que podrían explicar las razones para asumir los costes de una actividad, hay un núcleo que debe respetarse: no podemos pretender la defensa de cualquier conducta solo porque estimule el desarrollo de la sociedad⁵⁵.

El Derecho penal es un instrumento necesario, al cual debe hacer uso el Estado cuando se exteriorizan aquellas conductas de mayor disvalor para con el bien jurídico protegido. Por eso las políticas ambientales deben ser conciliadas con la política criminal y así garantizar condiciones favorables para la protección ambiental y conservación de los recursos naturales. Como afirma algunos autores como Schünemann, 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 de Derecho penal. Pues sin esas bases la subsistencia no podrá existir, más la sociedad humana y, por ende, tampoco el derecho⁵⁶.

Esto produce fundamentalmente que se amplíe la intervención penal para proteger nuevos bienes jurídicos y sea como fuere, lo cierto es que hay y debe haber un nuevo modelo político criminal y penal que haga frente a las nuevas sociedades y problemas sociales que genera la

⁵³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2011, pp. 34-36.

⁵⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, 10^o edición, Editorial Repperto, Barcelona, 2015, 19/46.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem* cit. p. 184.

⁵⁶ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 90.

sociedad del riesgo, en el marco general de los instrumentos jurídicos de control y sanción con los que cuenta el Estado social de derecho y democrático de derecho⁵⁷.

Por consiguiente, a esa sociedad moderna, ha de colegirse la modernización del Derecho penal y esta parcela del orden jurídico ha de ser redefinida a través de otros elementos dogmáticos que, con legitimación, puedan construir una imputación jurídico-penal y una formulación política criminal, adecuadas a los nuevos contornos de la criminalidad del Tercer milenio, entre estas, la criminalidad ambiental ocupa un lugar privilegiado. De ahí que devenga en indispensable la utilización de los tipos de peligro concreto y abstracto, provocando un adelantamiento significativo de la barreas de contención penal, así como las figuras de omisión propias⁵⁸.

Para cerrar con el tema de inicio sobre la protección penal del medio ambiente, en líneas generales debemos orientarnos a una política criminal ambiental, la cual estará a cargo del diseño formal y la ejecución material de estrategias, políticas y planes de acción, para prevenir, controlar, sancionar y mitigar los daños ambientales y sus derivados: daños a la salud y vida de las personas, conflictos sociales, malestar general, etc⁵⁹. La política criminal se encargará de valorar los medios utilizados para la prevención del delito desde un punto de vista de eficacia y de garantías fundamentales⁶⁰.

2.3.1. Controversia del bien jurídico. Teorías y posturas. Para poder actuar el Derecho penal debe partir de la delimitación del bien jurídico que protege ya que permite clasificar e interpretar los diversos delitos, para una adecuada protección de esas realidades que son valoradas socialmente. Existe consenso en la doctrina que el bien jurídico cumple una función teleológica en la aplicación de los tipos penales, sumado a que la lesión del bien jurídico constituye uno de los presupuestos mínimos necesarios para legitimar la aplicación de una sanción jurídico penal⁶¹, ya que todo comportamiento antijurídico debe lesionar, menoscabar o poner en peligro un bien jurídico penalmente tutelado.

El bien jurídico constituye el constructo basilar, sobre el cual el Derecho penal asienta su legitimidad en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho; de manera que la

⁵⁷ ESTEVE PARDO, «Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido», en Pérez Alonso (coord.), *Derecho, globalización, riesgo y medioambiente*, Tirant To Blanch, Valencia, 2012, cit. p. 400.

⁵⁸ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. pág. 92.

⁵⁹ LAMADRID UBILLÚS, *El Derecho penal ambiental en el Perú ¿Realidad concreta o simbolismo práctico?*, Lima, 2011, Editorial Grijley, p.50.

⁶⁰ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general. Segunda Edición*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2012, cit. p. 56.

⁶¹ ABOSO, *El Derecho penal ambiental, Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 54.

protección punitiva se establece para asegurar la subsistencia de los bienes jurídicos fundamentales⁶². En ese sentido, el bien jurídico penalmente protegible está sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras socio-culturales de una comunidad que ocupa un espacio y tiempo determinados⁶³. Con base en esto, el medio ambiente es una de las principales parcelas de actuación del “moderno Derecho penal” en donde, según la doctrina, se ponen de manifiesto las exigencias del perfeccionamiento de nuevas formas de tutela, debido a las particularidades del bien jurídico protegido y de las formas de comisión de los más graves ataques de la naturaleza⁶⁴. En principio, hay que tener en cuenta que la concreción del bien jurídico-penal debe atender en primera instancia a las consideraciones de merecimiento de pena cuyo juicio deriva del significado atribuido al bien y la gravedad de sus formas de ataque⁶⁵. El problema aquí es la diversidad de propuestas doctrinales sobre la integración conceptual del ambiente, por ende, esto demanda, en el plano penal, un primer esfuerzo de delimitación de este bien jurídico.

Habiendo dicho esto, nuestro primer punto de partida se encuentra durante los siglos XIX y XX, donde los ordenamientos penales se basaron en un modelo normativista que tuvo como epicentro a la persona⁶⁶. El Derecho penal clásico y propio de la Ilustración tuvo en cuenta a la persona como paradigma del sistema del uso de la coacción pública, así que la intervención penal venía asegurada al estar al servicio de la protección de bienes jurídicos individuales. Aquello abre paso a la “Teoría antropocéntrica pura”, que tenía en el centro de la escena al ser humano y, en consecuencia, toda intervención punitiva estará legitimada cuando tenga por fin mismo al individuo⁶⁷.

En esta teoría se inspiraron los criterios residuales que apuestan por una visión marcadamente antropocéntrica⁶⁸, donde el ambiente penalmente protegible viene conceptualizado mediante la exclusión de los sectores o espacios particularmente tutelados por las leyes especiales o el propio código penal. En cambio, otros criterios como los legalistas, entienden el bien jurídico ambiente como aquel conformado por

⁶² PEÑA CABRERA FREYRE, *Los Delitos contra el Medio Ambiente*, Editorial Rodhas SAC, Lima, 2010, cit. p. 93.

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.B Editor, Barcelona, 1992, cit. p. 289 y ss.

⁶⁴ MARTOS NÚÑEZ, *Derecho penal ambiental*. Exlibris ediciones S.L, Madrid, 2006, cit. p.249

⁶⁵ CARO CORIA, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, cit. p. 46. Como expresa Silva Sánchez, para que un bien jurídico en cuanto a su protección, revista la calidad de merecedor de pena, debe de aglutinar, simultáneamente, la referencia al individuo, el daño social de las agresiones y su plasmación, en: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.B Editor, Barcelona 1992, cit. p. 288.

⁶⁶ ABOSO, *El Derecho penal ambiental, Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 54.

⁶⁷ *Ibídem*, pp. 75-76.

⁶⁸ PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, Universidad de Valencia, 1984, cit. p. 29.

todos aquellos sectores que el legislador penal ha decidido proteger, es un criterio excesivamente formal e inmanente, huyendo además de toda idea material del bien jurídico-penal en orden a criticar la labor del legislador⁶⁹. También existen otros dos conceptos de medio ambiente, uno extensivo y otro restrictivo. Mientras que el primero abarca tanto el entorno material como inmaterial de los seres humanos (calidad de vida, las condiciones que permiten esa calidad vida), el concepto restrictivo atiende únicamente al entorno natural de las personas⁷⁰.

Otras de las distintas concepciones que se tienen sobre el medio ambiente, son la concepción amplia, estricta e intermedia⁷¹, la primera tiene una perspectiva globalista que entiende por “ambiente” todo el entorno que rodea la hombre, adoptando el sentido omnicompreensivo que utilizó inicialmente la Comisión Económica para Europa al definirlo en 1978 como “el conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles, particularmente, ecosistemas equilibrados bajo la forma en que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible, y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante, ha establecido relaciones directas”⁷². Pero al ser este concepto demasiado amplio, hace difícil la protección del bien jurídico como autónomo⁷³.

En segundo lugar, la concepción estricta restringida defendida por Martín Mateo⁷⁴, que parte de una primera delimitación, consistente en reducir al ambiente a su aspecto físico, reduciendo toda la problemática ambiental a la tutela de aire, agua y suelo. En consecuencia, tampoco garantiza una protección suficiente, pues no agota la totalidad del concepto de ambiente recogido en la CP de 1993, que abarca también el suelo, la fauna y la flora, así como la relación del hombre con dichos elementos⁷⁵. Consecuentemente, descuida sectores que merecen y necesitan protección penal.

En respuesta a las concepciones anteriores, se ha propuesto en la doctrina española, italiana y alemana una concepción intermedia, consistente en deducir el contenido del bien

⁶⁹ CARO CORIA, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y Técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, cit. p. 258.

⁷⁰ Cfr. ABOSO, *El Derecho penal ambiental, Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 70.

⁷¹ CARO CORIA, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, pp. 259-263.

⁷² MARTÍN MATEO, *Derecho y medio ambiente*, Ceotma/Mopu, Madrid 1981, pp.21 y ss.

⁷³ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Introducción al delito ecológico" en: Caro Coria, D.C, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, cit. p. 260.

⁷⁴ MARTÍN MATEO, El delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho administrativo, cit. p. 812. en: Caro Coria, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, cit. p. 261.

⁷⁵ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Introducción al delito ecológico", cit. pág.17. En: Caro Coria, D.C, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, cit. p. 260.

jurídico a partir de los preceptos constitucionales y de las enseñanzas de la ecología⁷⁶. Con este punto de partida casi todos los autores, al definir el ambiente, lo circunscriben al ambiente natural (aire, agua, suelo, flora y fauna), con un acento antropocentrista moderado, pues destacan sus relaciones con el hombre o con la vida⁷⁷. En el derecho peruano predomina igualmente la concepción intermedia⁷⁸.

Actualmente se acepta que el medio natural es un bien jurídico que merece y necesita de protección penal. Pero pese a que imponiéndose la idea de que el ambiente constituye una realidad sistémica y autónoma, no faltaron quienes en algún momento apostaron por la innecesidad de que dichos caracteres queden reflejados en el control punitivo, de forma que prefirieron que éste opere sólo en virtud de la afectación de los bienes jurídicos hasta entonces conocidos⁷⁹. Esto debido a que consideraban la protección del medio en relación con la tutela de intereses individuales tales como la vida humana, la salud individual, o el patrimonio privado⁸⁰, y no había acuerdo respecto a la necesidad de poner en vigencia nuevos tipos penales, dentro o fuera del código penal, que conectaran teleológicamente la tutela ambiental con la dada a los bienes privados, pues algunos creían suficiente el recurso a las normas penales existentes que sancionaban los delitos de daños⁸¹.

En otro extremo, nos encontramos con la “Teoría ecocéntrica”, donde la tutela penal debe orientarse hacia el ambiente en general. Esto significa que la tutela del suelo, el agua, la atmósfera, está legitimada desde la perspectiva del Derecho penal en función de que dichos elementos constituyen una unidad mayor que es la ecología⁸². Esta teoría se rechaza porque el bien jurídico penal a protegerse mediante los delitos contra el medio ambiente no puede ser reducido sólo al concepto de “calidad de los recursos naturales”⁸³, dado que la estabilidad del ecosistema constituye el objeto jurídico merecedor y necesitado de protección penal. La expresión de “calidad de los recursos” encierra una consideración que solo pone de relieve la entidad individual y aislada de cada recurso⁸⁴.

⁷⁶ RODAS MONSALVE, *Protección penal y medio ambiente*, PPU, Barcelona 1994, cit. p. 84.

⁷⁷ CARO CORIA, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, cit. p. 262.

⁷⁸ *Ibidem*. cit. p. 263

⁷⁹ *Ibidem*, cit. p. 248.

⁸⁰ PRATS CANUT, *Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980*, Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, Barcelona, 1983, cit. p. 751.

⁸¹ CARO CORIA, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, cit. p.248.

⁸² ABOSO, *El Derecho penal ambiental. Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 102.

⁸³ RODAS MONSALVE, *Protección penal y medio ambiente*, PPU, Barcelona 1994, cit. p. 97.

⁸⁴ CARO CORIA, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, cit. p. 268.

Así pues, para algunos autores como Caro Coria consideran que la “estabilidad de los ecosistemas”, es el bien jurídico penal que debe orientar la criminalización de los delitos ambientales. La estabilidad es el atributo del ecosistema que le permite subsistir en el tiempo y en el espacio, permitiendo de ese modo la vida en condiciones naturales. Esa capacidad de resistencia no puede verse perturbada por cualquier actividad humana, sino por aquellas que al generar un gran impacto ambiental disminuyen las condiciones que permiten la estabilidad, es decir que alteran negativamente la composición del agua, atmósfera, suelos, o disminuyen la biodiversidad⁸⁵. La expresión ‘ecosistema’ se refiere a todo sistema completo, compuesto por organismos y por el complejo total de factores físicos que constituyen el ambiente que les rodea⁸⁶.

La estabilidad introduce en el ecosistema un grado importante de flexibilidad ante las actividades humanas que afectan al entorno natural, dado que le permite enfrentar parte del impacto causado por la industria, los hábitos de consumo u otras actividades. Por ello, la estabilidad del sistema natural no es un modelo ideal o idealizado como el equilibrio, sino que constituye una realidad demostrada y delimitada científicamente. Todo ecosistema se halla en constante evolución, de modo que los límites pueden variar a lo largo del tiempo haciendo necesaria su actualización⁸⁷.

Este bien jurídico tiene sentido en nuestro sistema jurídico y en la protección que se quiere dar en el Derecho penal más aún cuando la Constitución –que en orden a la instrumentación de una política ambiental de uso sostenido de los recursos– exige entender el entorno como una realidad sistémica, es decir tomar el ambiente natural como un ecosistema dinámico y equilibrado, en el que se sustentan y desarrollan las diversas formas de vidas, sean humanas o no⁸⁸.

No es posible pretender una tutela absoluta del entorno, es decir la estéril pretensión de conservar por conservar. Se trata de garantizar la vida en el tiempo y en el espacio, asegurar el crecimiento económico o mejorar la calidad de vida en condiciones naturales. Se exige mirar hacia el individuo en función de las condiciones necesarias para su desarrollo digno y en sociedad⁸⁹.

⁸⁵ Ibidem, pp. 277-278.

⁸⁶ PARRA, *Diccionario de ecología, ecologismo y medio ambiente*, cit. p. 121. La estabilidad es la capacidad de volver al equilibrio después de haber sido reemplazado.

⁸⁷ CARO CORIA, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, cit. p. 278.

⁸⁸ RODAS MONSALVE, *Protección penal y medio ambiente*, PPU, Barcelona, 1994, cit. p. 89.

⁸⁹ Vid. CARO CORIA, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999, cit. p. 266.

El bien jurídico medio ambiente no está tutelado en un sentido absoluto, ya que ello sería imposible en la actualidad con la trascendente interacción que existe entre las actividades empresariales y el ambiente. Lo que sucede es que este bien jurídico complejo abarca un número determinado de componentes que son tutelados en razón de la función utilitarista que cumplen para los seres humanos. El medio ambiente no consiste en un bien jurídico estático, que permanece ajeno al desarrollo de la humanidad, sino todo lo contrario: este bien jurídico complejo participa pasivamente de la explotación humana de sus recursos; en consecuencia, el punto central en este caso será determinar el grado de riesgo permitido o tolerado de las acciones contaminantes⁹⁰. Sin embargo, para poder tomar una postura a la cual inclinarnos, debemos considerar algunas cuestiones que se han tomado en cuenta en el sistema nacional con respecto al bien jurídico protegido y así se podrá dar una observación inicial que nos permita continuar en la delimitación de este tipo de delitos contra el medioambiente.

2.3.2. Problemas con la configuración jurídica del delito. La existencia de dificultades para la determinación del bien jurídico protegido en este tipo de delitos produce que no posea una correcta configuración. Y esto especialmente porque hay un mayor distanciamiento de un bien jurídico penal personalísimo. Pues, este daño puede dirigirse a un número grande de personas, creando dudas, por un lado, de la legitimidad de esta forma de reacción penal, y por otro, de la correspondiente ubicación dentro de los delitos de peligro⁹¹ o dentro de los delitos de resultado, como por ejemplo cuando efectivamente se haya derramado petróleo sobre un recurso natural como el agua sea dulce o salada. Si el Derecho penal tiene como fin la protección de bienes jurídicos, es natural que la configuración de cada tipo se estructure desde la afectación de un bien jurídico penalmente relevante⁹².

Además, existen algunas cuestiones acerca de lo que vendría a representar el peligro en el medioambiente, debido a que aún existen dificultades para determinar el peligro ya sea concreto o el tan criticado delito de peligro abstracto, que caracteriza el moderno Derecho penal, pues para algunos autores se crean delitos de desobediencia y desaparecen las fronteras entre la naturaleza represiva y reactiva del Derecho penal y la función preventiva y proactiva

⁹⁰ ABOSO, *El Derecho penal ambiental, Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, pp. 77-78.

⁹¹ Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 119.

⁹² ORÉ SOSA, *Los delitos de contaminación y minería ilegal*, Actualidad penal (Doctrina práctica), n°8, 2015, p. 180.

de la policía, es decir, se confunden las funciones características del Derecho penal y el Derecho administrativo⁹³.

El legislador en este ámbito del derecho punitivo puede haber sancionado una frondosa legislación administrativa, la cual se ha constituido en una especie de cobertura procesal a este ámbito de la criminalidad, como una condición objetiva de perseguibilidad⁹⁴. Y sabemos que la responsabilidad objetiva en el Derecho penal esta proscrita según el artículo VII del Título preliminar del código penal. Esto se llega a apreciar sobre todo cuando existe una amenaza potencial de daños graves para el medioambiente, pero no de forma inmediata, sino que es a largo plazo y que se produce en masa, es decir de manera acumulativa. Para poder llegar a una conclusión en este tema y encontrar formas alternativas de solución ante este conflicto social moderno, tendremos que plasmar el por qué la creación de estos delitos son un medio para exigir esa intervención penal.

2.3.3. Problemas con las consecuencias jurídicas del delito. Al haber visto a grandes rasgos los mecanismos de derecho que existen en el ordenamiento jurídico peruano para tutelar los derechos ambientales⁹⁵, nos percatamos que la normativa ambiental necesita técnicas que aseguren su cumplimiento, técnicas de carácter preventivo, como por ejemplo, el régimen de autorización y el control real de las actividades, que cuando se produzca una infracción de los preceptos que establecen cómo ha desarrollarse la actividad o los límites de emisión permitidos, entrarán en juego las sanciones administrativas. Y su eficacia debe ser tan contundente que no haga surgir dudas sobre la necesidad de otro tipo de sanciones, como las penales, pues se hallarán determinadas conductas que se consideren merecedoras del castigo más grave que puede imponer el Estado: la sanción penal⁹⁶.

La pena, como consecuencia del delito tiene como presupuesto lógico la imputación penal de un hecho antijurídico a un sujeto culpable⁹⁷. Por eso, debemos observar que la conminación penal y las penas tengan una relación valorativa con el hecho delictivo realizado por el autor⁹⁸. Pero también entran en consideración cuestiones de carácter valorativo para

⁹³ FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad de riesgo". Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI*, Derecho penal Contemporáneo-Revista Internacional, N°19, 2007, cit. p. 116.

⁹⁴ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 111.

⁹⁵ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima, 2016, cit. p. 717.

⁹⁶ LÓPEZ RUIZ, *Análisis sobre el merecimiento y necesidad de pena en los delitos ambientales a propósito del delito de contaminación ambiental* (Tesis para optar el grado de abogado), Universidad de Piura, cit. p. 105.

⁹⁷ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general, segunda edición*, Jurista editores, Lima, 2012, cit. p. 806.

⁹⁸ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 294.

decidir la procedencia y cuantía de la reacción. Ahora, en torno a este tema, también podemos encontrar algunos inconvenientes en lo que respecta la tutela penal ambiental.

Las normas penales que por su redacción impiden que materialmente se pueda encontrar la retribución de un injusto concreto merecedor de pena como organización defectuosa carecen de legitimidad⁹⁹.

Debemos observar que la conminación penal y las penas tengan una relación valorativa con el hecho delictivo realizado por el autor. La determinación de esta debe llevarse a cabo teniendo en cuenta no solo la probabilidad de realización de un delito, sino también la gravedad de la conducta, entre otros factores¹⁰⁰.

¿Qué criterios son los empleados entonces en este tipo de delitos que lo hace tan importante como para incorporar tal pena? Es una pregunta bastante importante, si se quiere obtener un marco penal que pueda ser eficazmente ejecutado en nuestro sistema jurídico penal y supone reflexionar al respecto para marcar los juicios que se han considerado o si no ha existido pronunciamiento jurisprudencial al respecto.

3. Los delitos medioambientales y su desarrollo ¿pacífico?

La exposición hasta aquí nos muestra que junto a la evolución de la humanidad –en cuanto a progreso tecnológico, científico, económico y social– a través del tiempo, se han creado muchos riesgos que terminan siendo eventos de desastres naturales inolvidables ya sea tanto para los seres humanos, pues de la naturaleza tomamos los recursos que necesitamos para poder vivir, como para los seres y organismo vivos que conviven a nuestro alrededor. Debido a estos riesgos, el Derecho se estableció como un medio de protección del medio ambiente, y se establecieron diferentes daños que podían ser protegidos por distintas ramas del derecho, como son el Derecho constitucional, civil, administrativo y penal.

Asimismo, hemos podido descubrir diferentes cuestiones como en torno al tema de la necesidad de remisión a una norma extrapenal, específicamente de carácter administrativo, o la posible aplicación del principio de precaución en materia penal, sin embargo, advertimos que para obtener una posible respuesta a estos problemas hace falta conocer las soluciones que ofrece la doctrina y además comprobar si los inconvenientes constituyen una verdadera desorientación en nuestra legislación o significan un ámbito nuevo al que es necesario delimitar, estos planteamientos los veremos a continuación.

⁹⁹ FEIJÓ SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”*. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI, Derecho penal Contemporáneo-Revista Internacional, N° 19, 2007, cit. p. 126.

¹⁰⁰ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 294.

Por otra parte, tenemos que han existido diversos discursos acerca de lo que consistiría a) el objeto de protección jurídico penal, con ello hacemos referencia a las teorías que hemos podido presentar a *grosso modo* para llegar a la conclusión de calificar el medio ambiente como un bien jurídico digno de amparo. Tal es así que el medio ambiente podemos verlo como un ecosistema dinámico y equilibrado, en el que se sustentan y desarrollan las diversas formas de vidas y que necesita, en ese sentido, la salvaguarda de la calidad los procesos ecológicos esenciales, la salud ambiental y calidad ambiental, así como algunos de sus componentes como son el suelo, el aire, la tierra, entre otros. Pero aún no podemos emitir un resultado concluyente al respecto.

Luego, no sólo se presenta el tema del bien jurídico protegido, sino que también existen dificultades en b) la configuración del delito, pues tenemos delitos que se pueden consumir con la lesión o el resultado mientras que en otros solo bastará la puesta en peligro, pero esto no termina aquí, sino que dentro de los delitos de peligro se encuentran los delitos de peligro concreto y abstracto, los cuales han tenido algunas objeciones en torno a una intervención anticipada del Derecho penal. Y por último tenemos un tercer problema respecto a c) las consecuencias jurídicas del delito, al observar que pese a que no esté determinado el objeto jurídico ni la conducta antijurídica por la cual se imputa determinado delito contra el medioambiente, hace que se cuestione en torno a si la pena sea la única forma de sancionar estas conductas o puedan existir medidas que sean proporcionales establecer bajo criterios de necesidad de pena aquellos ámbitos sobre los cuales se tenga la certeza absoluta que deba recurrirse a una restricción de la libertad de un ciudadano, por lo que estas cuestiones también serán discutidas en ese mismo orden para poder tener un panorama mucho más claro.

Pues bien, en este primer punto de nuestro trabajo solo hemos presentado una parte el cual es un escenario principalmente teórico. Ahora mismo, nos concierne además de los cuestionamientos ya plasmados, en el segundo capítulo desarrollaremos básicamente el asunto que ya mencionamos antes, sobre el medio que ha utilizado el Derecho penal como son los delitos de peligro, figura que se emplea en muchos de los delitos contra el medio ambiente, con ello buscamos dejar por sentado los lineamientos que nos preparará para examinar de manera profunda el delito de minería ilegal, el cual ya venimos diciendo que tiene un asunto por resolver y que además es un mal constante que le ha costado la pérdida de muchos espacios naturales al Perú ya que está perjudicando la biodiversidad y ha generado un aumento económico gratificante pero ilícito para quienes lo cometen, para su estudio será fundamental descubrir qué caminos propuestos por la jurisprudencia, la doctrina y estudios

especializados han podido o no seguir los tribunales y si hace falta o es primordial un elemento especial.



Capítulo 2

Los delitos contra el medioambiente: ¿Delitos de resultado o de peligro?

1. ¿Protección dirigida a los ecosistemas?

Introducimos este tema pues como sabemos en el caso peruano el medio ambiente es uno de los bienes jurídicos que la Constitución expresamente menciona como objeto de protección o tutela, tal es la envergadura, complejidad e importancia de los intereses comprometidos, que su plasmación como bien jurídico de protección penal parece poder prescindir de cualquier referencia, mediata o inmediata, implícita o expresa a un bien jurídico individual como la vida humana o la salud de las personas, lo cual nos lleva a pensar en la concepción ecocéntrica, donde el medioambiente, de manera intrínseca y autónoma, ostentaría entidad suficiente para gozar de protección penal¹⁰¹, despojada de toda egoísta concepción antropocéntrica¹⁰².

Sin embargo, para un sector de la doctrina eso no es precisamente lo que parece desprenderse del inciso 22 del artículo 2 de la Constitución, que reconoce a toda persona el derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Pues parece ser que, en principio, se parte de una visión antropocéntrica en cuya virtud el medioambiente se instrumentaliza en función a las necesidades de protección de la vida humana, la salud y el desarrollo de las personas¹⁰³. Es decir que el ambiente sólo puede hacerse acreedor de la intervención penal y su reacción punitiva, cuando dicha tutela está orientada a la protección de la existencia humana en el planeta¹⁰⁴.

Pero también, en la Constitución se señala que el Estado se obliga a promover el uso sostenible de sus recursos naturales¹⁰⁵ o la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas¹⁰⁶, de manera que encontramos no sólo la idea de garantizar y conservar la vida humana, sino que existe el mantenimiento de otras formas de vida que conviven a nuestro alrededor, con esto nos dirigimos a las posturas que parecen asumibles en materia de protección ambiental, es decir, las posturas antropocéntricas moderadas. Las cuales

¹⁰¹ Cfr. ORÉ SOSA, *Los delitos de contaminación y minería ilegal*, Actualidad penal (Doctrina práctica), n°8, 2015, pp. 175-176.

¹⁰² ABOSO, *El Derecho penal Ambiental. Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 104. El autor señala que la visión antropocéntrica parte del ecologismo que a su vez parte de una ideología política, económica y social enfocada en la naturaleza como un todo.

¹⁰³ Vid. ORÉ SOSA, *Los delitos de contaminación y minería ilegal*, Actualidad penal (Doctrina práctica), n°8, 2015, p. 176.

¹⁰⁴ Vid. ABOSO, *El Derecho penal Ambiental. Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 107.

¹⁰⁵ Artículo 67° de la Constitución: “El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”.

¹⁰⁶ Artículo 68° de la Constitución: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”.

gozan de gran acuerdo en la doctrina y que han ido desechando la visión antropocéntrica pura, además de haber sido confirmadas por el Tribunal Constitucional. Ya que, las posturas antropocéntricas moderadas, implican que la protección comprende el sistema complejo y dinámico de todos sus componentes, en un estado de estabilidad y simetría de sus ecosistemas, que haga posible precisamente el adecuado desarrollo de la vida de los seres humanos¹⁰⁷. Y lo que importa, no sólo es la degradación de cada uno de los bienes que integran al medioambiente, como los recursos naturales (aire, agua, flora, fauna, suelo, subsuelo), o la suma de los ecosistemas, sino sobre todo la degradación que se produce en ellos, que lleva a la alteración de la función que éstos desempeñan en los ciclos naturales. Por eso, a manera de ejemplo, en lo que corresponde a la fauna, la extinción de una especie, significa la disminución de la biodiversidad y del equilibrio ecológico, de manera que sí representa un daño ambiental irreparable¹⁰⁸ y, por eso, el Derecho penal sanciona.

Asimismo, la Constitución no sólo garantiza que el hombre se desarrolle en un medioambiente equilibrado, sino también que ese ambiente debe ser adecuado para el desarrollo de la vida humana. Lo expuesto se traduce en la obligación concurrente del Estado y de los particulares de mantener condiciones naturales del ambiente, a fin de que la vida humana exista en condiciones ambientalmente dignas. De manera que si bien se parte de una concepción antropocéntrica del medioambiente natural, se reconoce a la vez y se pretende enfatizar que en el Estado democrático de derecho no solo se trata de garantizar la existencia física de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerlo contra los ataques al medioambiente en el que se desenvuelva esa existencia, para permitir que el desarrollo de la vida se realice en condiciones ambientales aceptables¹⁰⁹. Lo cual no significa admitir un componente ecocéntrico que asigna a las otras formas de vida algún tipo de derecho jurídicamente protegido. Por tanto, se trata de reconocer que el medioambiente es un sistema estable que no se perjudica únicamente por los menoscabos que recaen sobre las condiciones de vida de las personas, sino también cuando se

¹⁰⁷ ORÉ SOSA, *Los delitos de contaminación y minería ilegal*, Actualidad penal (Doctrina práctica), n°8, 2015, pp. 176-177. El autor hace mención al Exp. N°0018-2001-AI/ TC, donde se hace referencia a un medioambiente equilibrado, como ese conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, que van formando en conjunto una red de interacciones de orden biológico, físico y químico en armonía sistémica y preservada de grandes cambios.

¹⁰⁸ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, pp. 61-62. Véase el caso de la inserción por parte del hombre, de forma directa o indirecta, de sustancias en la zona marítima que entrañen o puedan entrañar riesgos para la salud humana, dañen o puedan dañar los recursos biológicos y los ecosistemas marinos, reduzcan o puedan reducir las posibilidades de esparcimiento o dificulten o puedan dificultar otros usos legítimos del océano.

¹⁰⁹ Cfr. ORÉ SOSA, *Los delitos de contaminación y minería ilegal*, Actualidad penal (Doctrina práctica), n°8, 2015, p. 177. El autor menciona el artículo 13 de la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, donde se reconoce que el derecho a un medioambiente seguro y sano es condición necesaria para el goce del derecho la vida y el bienestar colectivo.

afecta a los otros componentes naturales, lo que repercute también en su idoneidad para favorecer el desarrollo de las personas¹¹⁰.

Por otra parte, se destaca un aspecto que ya hemos señalado entorno al bien jurídico y es que el daño ambiental en muchas ocasiones perjudica los derechos subjetivos de una pluralidad de sujetos, cuya individualización dependerá del tipo y gravedad del daño acontecido. En ese sentido, el medioambiente como bien jurídico, se torna en un interés, pero de carácter difuso, de carácter público, colectivo y complejo. Esta noción de interés difuso a su vez evidencia una pluralidad de intereses individuales del mismo contenido¹¹¹, debido a la obtención de una magnitud de las víctimas potenciales, ya que la contaminación del aire, el agua o el suelo no sólo tiene efectos inmediatos en la población circundante al lugar del epicentro contaminante, acarreado así muertes, lesiones o mutaciones, sino que genera también efectos a mediano y largo plazo¹¹². Este interés difuso se plasma en los denominados bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, los cuales sirven a la persona protegiendo su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y en el nivel de riesgo de las distintas actividades en las que esa persona se ve involucrada en cuanto participe de esa sociedad¹¹³.

Por lo tanto, la protección de estos intereses no puede ser satisfecha desde una perspectiva exclusivamente individual del bien jurídico y ello abre paso hacia la legitimidad –en términos de merecimiento y necesidad de pena– de los bienes jurídicos colectivos¹¹⁴. Por eso no han faltado propuestas que, abogando por la renuncia a la búsqueda de un bien jurídico, se enfocan únicamente a la protección de aquello que se considere digno de protección, independientemente de que no sean condiciones fundamentales o consolidadas dentro de la sociedad. El inconveniente de dar paso a la protección de intereses no consolidados es que no solo hay dudas en cuanto a qué son, sino que también pueden difuminar los límites del Derecho penal y acabar en un Estado de “terror penal” donde acecharía la pretensión estatal de limitar y controlar la sociedad sin mayor razón¹¹⁵.

¹¹⁰ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, pp. 838-839.

¹¹¹ PEÑA CABRERA FREYRE, *Los Delitos contra el Medio Ambiente*, Lima, Editorial Rodhas SAC, Lima, 2010, cit. p.62.

¹¹² Cfr. ABOSO, *El Derecho penal Ambiental. Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, pp. 174-175.

¹¹³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant to Blanch, Valencia 1999, cit. p. 208. Asimismo, estos bienes jurídicos supraindividuales se encargan de la protección de determinadas colectividades que, por su naturaleza o su concreta situación en el entramado social, se consideran más débiles

¹¹⁴ ORÉ SOSA, *Los delitos de contaminación y minería ilegal*, Actualidad penal (Doctrina práctica), n°8, 2015, cit. p. 177

¹¹⁵ VÍLchez CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, pp. 57-58.

Además, se plantea la cuestión de quién debe ser de hecho concretamente responsable por la producción de los ilícitos medioambientales y esto se debe a la tendencia a buscar una responsabilidad individual, incluso cuando consta la existencia de importantes elementos de corresponsabilidad colectiva¹¹⁶. Esto sucede porque los delitos contra el medioambiente comprometen las condiciones mismas de supervivencia física y económica de grupos más o menos amplios de personas, cuando no de todo el género humano. En ese mismo sentido, nos encontramos ante nuevas y más lesivas formas de ataque de los mismos bienes jurídicos, no pareciendo injustificado que el Derecho penal brinde sus limitados medios para neutralizarlos o reducirlos¹¹⁷. Por tanto, se trata –aunque no a ciencia cierta– de construir un Derecho penal mínimo, entendido como un Derecho penal respetuoso con las garantías, respecto de la protección de todos los bienes jurídicos que se entienden merecedores de ser considerados penales, atendiendo a los intereses prevalentes de la sociedad¹¹⁸.

Entonces, con respecto al bien jurídico, el Derecho penal ofrece una doble finalidad de protección que se extiende, por un lado, al medio ambiente en sus diversos modos (agua, suelo, aire) y sus demás formas de aparición (fauna y flora) como bienes jurídicos ecológicos supraindividuales; donde se puede ver dirigida la visión de la teoría ecocéntrica que es dotar de protección general al medioambiente y por otro lado, se les brinda esta protección pues son elementos que constituyen la base natural de la vida humana, y aquí podemos ver la visión de la concepción antropocéntrica pero de manera moderada ya que el individuo no es el único sujeto de derechos en función del cual debe estar orientada la protección de los bienes jurídicos en el Derecho penal, puesto que también el hombre tiene una responsabilidad primaria en la conservación del medio ambiente¹¹⁹.

Ahora bien, nosotros consideramos que la postura antropocéntrica moderada puede ser más factible de aplicar en nuestro sistema jurídico penal porque no se trata de equiparar en igualdad de derechos con otras especies animales o vegetales, sino que se trata de regular las conductas humanas para lograr una armónica interacción del hombre con el ambiente y que redundará en una calidad de vida acorde con la dignidad humana. Es decir que no solo está

¹¹⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Estructuras de imputación de responsabilidad en delitos contra el medio ambiente», en Reyna Alfaro (coord.), *Derecho penal y modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010, p. 304.

¹¹⁷ ORÉ SOSA, *Los delitos de contaminación y minería ilegal*, Actualidad penal (Doctrina práctica), n°8, 2015, p. 179. Para autores como Marinucci y Dolcini niegan que estemos ante delitos “sin víctima” y consideran por el contrario que estemos ante delitos caracterizados por una victimización de masa; y es que, directa o indirectamente, la criminalidad económica sobre todo la que involucra a empresas de grandes dimensiones, afecta el patrimonio de millares de personas.

¹¹⁸ Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant to Blanch, Valencia 1999, pp. 29-30.

¹¹⁹ ABOSO, *El Derecho penal ambiental, Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 97 y 98.

nuestro interés individual en cuanto a que el daño ambiental incide en nuestra vida, en nuestra salud y en nuestro patrimonio, sino también por el interés social de la especie humana, si deseamos que ella sobreviva¹²⁰. Las personas son parte de ese ciclo natural que ocurre en la naturaleza, pero en estos tiempos hacemos que ese ciclo se desestabilice y, como es el caso de los delitos de contaminación, se pierda esa biodiversidad de la que el hombre como ser racional debe preservar e indudablemente defender la naturaleza que hace posible la vida del hombre. En este estado de la exposición y antes de presentar nuestra postura, hace falta matizar el concepto como ya propondremos en el capítulo tercero para que la intervención punitiva pueda ser adaptada a las particularidades del medioambiente.

2. Calificación y configuración del delito: ¿Significan un prototipo de los delitos peligro?

Según lo que hemos comentado anteriormente¹²¹ la criminalización de los atentados ambientales, hace que exista la necesidad de brindar protección por el proceso de expansión del Derecho penal pues al aparecer nuevos riesgos sociales por medio de la globalización, la población tiene una sensación de inseguridad al respecto. Debido a esto el Derecho penal aparece como un medio para satisfacer finalidades político-criminales orientadas a la minimización del riesgo al mismo tiempo que brinda un aseguramiento a la comunidad en general, produciendo que el legislador penal se vea obligado a idear figuras penales para castigar conductas lesivas y mantener así el *statu quo* de bienes y relaciones¹²². Si es que partimos de una política-social en puridad “preventiva” anclamos el empleo de una serie de mecanismos, herramientas e instrumentos dirigidos a controlar focos de riesgos, ya que el derecho positivo no puede esperar que se produzcan daños reales y visibles al medio ambiente, para intervenir ante concretas y específicas actividades humanas¹²³.

En efecto, cuando las conductas que se consideran peligrosas, pero en principio permitidas, rebasen los marcos estandarizados socialmente, estas se convierten en inadmisibles y por tanto se pone en acción el Derecho penal de tal manera que este va utilizar

¹²⁰ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima, 2010, cit. p. 77.

¹²¹ Ver apartado I.3

¹²² VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 161.

¹²³ Vid. CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 19. Como ejemplo tenemos: La industria, el comercio, la minería, los negocios en general, exteriorizan actividades económicas indispensables, tanto desde un plano sistémico como individual; significan actuaciones que son regladas por una serie de normas, por toda una frondosa legislación que en su conjunto se orienta a evitar la acusación de riesgos para los bienes jurídicos fundamentales, normas de seguridad, disposiciones de salubridad, entre otros.

en muchos casos para conductas peligrosas que atenten contra el medioambiente, herramientas llamadas «delitos de peligro».

Ahora bien, primero tenemos que saber que los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión, en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha permitido tipificar, suficientemente, los límites de la norma de cuidado. Los delitos ambientales son auténticos tipos de peligro, pues se parte de la concreta colocación de un estado de riesgo al bien jurídico tutelado, construcciones dogmáticas, cuyo peligro en algunos casos puede ser contemplado desde una visión concreta y en otros desde un plano abstracto, inclusive de lesión¹²⁴.

En cuanto al concepto de peligro debemos tomar en cuenta que no hay una postura unánime respecto a esto, pero la doctrina usualmente afirma que el concepto normativo de peligro, como concepto de peligro válido para el Derecho penal, se ha de definir como «probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal»¹²⁵. Aunque, un concepto más formado y al que nos inclinamos, es el de peligro como juicio de pronóstico de situaciones, esto es, estado de cosas y cursos de acción, que emite el legislador, la Administración pública u otra instancia técnica, desde la percepción intersubjetiva y racional sobre una posible afectación de un bien socialmente valorado¹²⁶.

Esta posible afectación en los llamados delitos de peligro, no implica una trasgresión del principio de intervención mínima del Derecho penal. La limitación de la intervención penal se busca a través de la interpretación restrictiva de los distintos niveles de la teoría del delito, a la luz de la naturaleza de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que se entienden protegidos en estos delitos¹²⁷. El problema con estos delitos es que no queda claramente determinado, en primer lugar, que se quiere proteger y bajo qué requisitos puede el legislador decidir la sanción –o consecuencia jurídica– penal de una determinada conducta¹²⁸, por eso es un tema que no queda zanjado por la doctrina.

¹²⁴ *Ibíd.*, cit. p.99

¹²⁵ CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant to Blanch, Valencia 1999, cit. p. 45-46.

¹²⁶ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 221. El peligro para nosotros es básicamente algo que va a pasar en algún momento.

¹²⁷ Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant to Blanch, Valencia 1999, cit. p. 29.

¹²⁸ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, pp. 57-58.

2.1. Calificación como delito de resultado de lesión o de resultado de peligro. Si bien los delitos de peligro, son los que utiliza el legislador para sancionar las conductas contra el medioambiente, en no pocos casos también existirá una afectación material del bien jurídico protegido, produciendo efectivamente un resultado. Con esto nos encaminamos hacia dos figuras típicas que requieren la imputación del resultado y aquí estamos haciendo referencia a los delitos de lesión y los delitos de peligro concreto o de resultado de peligro.

Comenzaremos por señalar que, en el caso de los delitos de lesión, debe tener lugar también un resultado, el cual está consumado por el perjuicio efectivo sobre el objeto de ataque de la acción. Y para poder sancionar por un delito consumado de lesión es necesario no solamente una imputación del comportamiento, sino que, a este comportamiento, a su vez, se le pueda imputar objetivamente el resultado de lesión contemplado en el tipo penal correspondiente. Y no basta con una relación de causalidad entre la conducta y el resultado, sino que los resultados lesivos que forman parte de la clase de resultados que la norma que prohíbe el riesgo quiere impedir, podrán imputarse objetivamente a la conducta que ha creado el riesgo prohibido por la norma¹²⁹. Por lo tanto, en el caso de la lesión del objeto del delito, esta cumple la función que cumple el resultado, y, además posibilita una interpretación restrictiva del tipo penal, siendo necesario que se haga efectiva la acción que contamine el ambiente¹³⁰.

Por otra parte, en el caso de los delitos de peligro concreto requieren, además de una imputación de comportamiento, una imputación del resultado. La imputación objetiva en estos delitos requiere la imputación del comportamiento y la realización del riesgo de resultado. Debido a que en los delitos de peligro concreto no existe un resultado de lesión, en estos delitos no podrá exigirse propiamente una relación de causalidad. Por esta razón, entre la peligrosidad de la conducta y el resultado de peligro concreto solo podrá establecerse una relación de imputación de carácter normativo. La doctrina penal parte en la actualidad de la idea de que un delito de peligro concreto requiere la entrada del objeto positivamente valorado en el ámbito de peligro del autor –probabilidad– pero además que el daño efectivo no haya tenido lugar únicamente por casualidad. La fórmula que expresa el criterio de determinación de esa casualidad básicamente es la imposibilidad de impedir de manera planeada la relevancia lesiva de la conducta¹³¹.

¹²⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general, segunda edición*, Jurista editores, Lima, 2012, pp. 466-467.

¹³⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, cit. p. 920

¹³¹ *Ibidem*, pp. 465-466.

Esta situación se ve reflejada en los delitos contra el medioambiente pues los tipos penales, por lo general, requerirán de la puesta en peligro del bien jurídico protegido o en todo caso de la lesión del mismo. Y ello lo podemos observar de manera general, en los delitos de contaminación, donde la dimensión del perjuicio, que cause o pueda causar, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, deber ser grave. Es decir, tanto se haya configurado el delito contra el medioambiente como peligro concreto o si fuera el caso de lesión, lo que debe importar es que ese peligro o esa lesión sea grave. Pues son impactos ambientales negativos que nos confrontan con posibles situaciones límite de las que ponen en riesgo la supervivencia o permanencia de alguna especie, hábitat o ecosistema: o la interrupción, alteración o modificación de los procesos ecológicos esenciales de los que depende la vida¹³².

2.2. Calificación como delito de peligro concreto o abstracto. Según lo hemos visto en el apartado anterior, los delitos contra el medioambiente pueden configurarse en ocasiones como delitos de peligro concreto y pueden configurarse como delitos de lesión. Sin embargo, dentro la imputación de conductas calificadas como peligrosas, también se encuentran los delitos de peligro abstracto, es decir que se establecen los tipos de peligro concreto y abstracto, provocando un adelantamiento significativo de la barrera de contención penal¹³³. Ambas clases delitos han sido comprendidas por la doctrina mayoritaria y será conveniente saber que han establecido como base, pues nos ayudará a entender de mejor manera como han sido entendidos los delitos contra el medioambiente para su sistematización.

En primer lugar, en el delito de peligro concreto se cuenta con un verdadero peligro para el bien jurídico protegido. Podría decirse que el peligro es verdadero en cuanto pueda constatar que la conducta acarrea normalmente un resultado de lesión¹³⁴. Esto es que el peligro concreto es un resultado en sentido material, en cuanto que como tal viene configurado en el tipo, pero no es un resultado aprehensible por los sentidos, lo que plantea problemas de prueba mayores que los que se suscitan cuando el resultado es de lesión¹³⁵.

¹³² Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, p. 791.

¹³³ Cfr. CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 92.

¹³⁴ VÍLchez CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 65.

¹³⁵ CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant to Blanch, Valencia 1999, pp. 132-133.

En los delitos de peligro abstracto, el delito se consuma sin necesidad de comprobar en el caso concreto que el bien jurídico tutelado haya sufrido peligro alguno¹³⁶. La legitimación de los delitos de peligro abstracto se basa únicamente en la mera peligrosidad de la conducta respecto del bien jurídico tutelado. En este caso estos delitos están privados de un contenido material de lo injusto, ya que dicha peligrosidad del comportamiento no está vinculada con la lesión o puesta en peligro concreto de un estado o valor socialmente deseable¹³⁷.

En segundo lugar, la consideración de la doctrina mayoritaria, que los delitos de peligro concreto constituyen delitos de resultado, conlleva a que sea la razón por la cual se exige en cada caso una verificación *ex post* sobre la puesta en peligro del bien jurídico, esto quiere decir que existe una presunción *iuris tantum* para determinar la responsabilidad penal¹³⁸.

En los delitos de peligro abstracto, por el contrario, no se requiere de una evidencia real y concreta de la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico porque se sustentan en una presunción *iuris et de iure*, de tal suerte que, para determinar la responsabilidad penal del imputado, no se exige al órgano jurisdiccional la comprobación de si existió peligro en el caso en concreto, porque la responsabilidad penal viene estimada en la descripción típica de la norma penal respecto del hecho¹³⁹. Es decir, se sancionan conductas “generalmente arriesgadas” aunque en el caso en cuestión no exista tal riesgo para el bien jurídico¹⁴⁰.

Y, en tercer lugar, el delito de peligro concreto requiere necesariamente de la puesta en peligro del bien jurídico protegido por el Derecho penal, de modo que la puesta en peligro del bien jurídico constituye un elemento del tipo penal como requisito de punibilidad¹⁴¹. En los casos de medioambiente, el delito de peligro concreto, se dirige a «la lesividad del medioambiente o sus componentes» que no se expresa como destrucción o eliminación, sino como pérdida o peligro concreto de pérdida de su estabilidad funcional¹⁴². Ahora bien, en los delitos de peligro abstracto, la peligrosidad de la conducta es necesariamente reprimida por el

¹³⁶ ABOSO, *El Derecho penal ambiental, Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 82.

¹³⁷ *Ibidem*, cit. p. 84. Respecto a estar privados de un contenido material, algunos autores también prefieren hablar de la necesidad de un resultado en los delitos de peligro abstracto, donde el propio peligro abstracto sería el resultado de estos delitos.

¹³⁸ UBILLÚS, *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿Realidad concreta o simbolismo práctico?*, Editorial Grijley, Lima, 2011, p.147

¹³⁹ RUIZ BRAVO Y MAYOR SÁNCHEZ, *La minería ilegal como delito de peligro abstracto en el Perú, análisis a propósito de la actividad de beneficio que desarrolla la minería ilegal aluvial en los cauces de los ríos*, Actualidad Penal y Procesal Penal, N°294, 2008, cit. p. 159. Se considera conducta típicamente peligrosa porque es inherente a la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico tutelado.

¹⁴⁰ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 66.

¹⁴¹ RUIZ BRAVO Y MAYOR SÁNCHEZ, *La minería ilegal como delito de peligro abstracto en el Perú, análisis a propósito de la actividad de beneficio que desarrolla la minería ilegal aluvial en los cauces de los ríos*, Actualidad Penal y Procesal Penal, N°294, 2008, pp. 158-159.

¹⁴² GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, cit. p. 877.

Derecho penal porque lo que se busca es impedir peligros concretos y lesiones al bien jurídico protegido¹⁴³.

En ese orden de ideas, hemos podido establecer algunas cuestiones elementales que hace que se diferencien ambas clases de delitos –delitos de peligro concreto y abstracto– por ello, creemos que la denominación de delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto es mucho más coherente si se utiliza para distinguir los diferentes tipos de delitos en atención a la modalidad de resultado de peligro que requieren¹⁴⁴. En otras palabras, la diferencia entre unos y otros se encuentra en la exigencia o no del resultado de peligro, no en la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos¹⁴⁵.

Por otro lado, aunque el delito de peligro abstracto ha sido y es fuertemente cuestionado por algunos autores como Muñoz Conde, debido a que la tendencia a la protección de bienes jurídicos institucionales o universales –como el medioambiente– en ningún caso debe significar la pérdida de identidad del Derecho penal haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho administrativo, que con esta clase de delitos parece ser que sí lo hace¹⁴⁶. Pero para nosotros, aunque signifique un grado más de anticipación que el del de peligro concreto, sólo puede existir un injusto penal merecedor de pena, si al menos existe una organización insegura del propio ámbito de organización para otros ámbitos de organización; siendo este un requisito material mínimo de los delitos de peligro abstracto¹⁴⁷, por eso para nosotros tiene un punto válido para su aplicación sobre todo en esta sociedad moderna, que ha de colegirse la modernización del Derecho penal, adecuándose a los nuevos contornos de criminalidad donde la criminalidad ambiental ocupa un lugar privilegiado y por eso esta

¹⁴³ RUIZ BRAVO Y MAYOR SÁNCHEZ, *La minería ilegal como delito de peligro abstracto en el Perú, análisis a propósito de la actividad de beneficio que desarrolla la minería ilegal aluvial en los cauces de los ríos*, Actualidad Penal y Procesal Penal, N°294, 2008, cit. p. 159. Se considera conducta típicamente peligrosa porque es inherente a la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico tutelado.

¹⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant to Blanch, Valencia 1999, cit.p. 150. La autora nos comenta que es mejor mirar el resultado, que cuando se sirven de esta denominación para diferenciar según el distinto grado de afectación del bien jurídico, tal y como es utilizada por la doctrina mayoritaria. De manera que la denominación de delito de peligro concreto se reservaría para los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales o individuales en los que se requiere la producción de un resultado de peligro para un bien jurídico individual y la de delitos de peligro abstracto para aquellos delitos en los que se protegen exclusivamente bienes jurídicos supraindividuales y a que, por consiguiente, no requieren un resultado de peligro.

¹⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant to Blanch, Valencia 1999, cit.p. 155.

¹⁴⁶ Cfr. ORÉ SOSA, *Los delitos de contaminación y minería ilegal*, Actualidad penal (Doctrina práctica), n°8, 2015, p. 183. En nuestra opinión consideramos que tanto los delitos de peligro concreto como abstracto tienen sentido en algún punto de la imputación penal, sin embargo, esto no quiere decir que no se puedan conocer otras figuras que tal vez encajarían mucho mejor en los delitos contra el medioambiente en general.

¹⁴⁷ Cfr. FELIÓ SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI*, *Derecho penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, cit. p. 134.

parcela del orden jurídico ha de ser redefinida a través de otros elementos dogmáticos. De ahí que devenga en indispensable la utilización de los tipos de peligro concreto y abstracto¹⁴⁸.

2.3. Calificación como delitos acumulativos: ¿Administrativización del Derecho penal? Entendemos que el Derecho penal al crear nuevos tipos penales interviene en nuevos ámbitos y en algunos casos nos vamos a encontrar que puede llegar a chocar con lo que ya se había ocupado mediante los delitos de lesión tradicionales o con lo que tradicionalmente se venía ocupando el Derecho administrativo¹⁴⁹. Y esto lo podemos apreciar de manera más concreta si analizamos los casos por los que una prognosis de futura realización de conductas similares, se le ve en una situación de conjunto que muestra un potencial destructivo relevante al medioambiente, y con ello hablamos de la presencia de los delitos acumulativos¹⁵⁰. Estos delitos emergen debido a la situación actual de destrucción masiva del medioambiente por todos conocida donde la evaluación penal del impacto de una conducta no debe hacerse sobre la base de lo que esa conducta puede, por sí misma, producir, sino por las condiciones dadas que influyen o pueden influir en su repercusión conjunta¹⁵¹.

En la actualidad, aunque la posición mayoritaria defiende la inclusión de estos supuestos dentro del Derecho penal, no es algo que este bien constituido especialmente porque hay un distanciamiento significativo de un bien jurídico penal personalísimo y este daño puede dirigirse a un número excesivo de personas, creando dudas, por un lado, de la legitimidad de esta forma de reacción penal, y por otro, de la correspondiente ubicación dentro de los delitos de peligro¹⁵².

Sucede que, en el daño acumulativo, no se precisa una constatación de causalidad entre comportamiento y lesión, no existe tal vinculación causal. Y como señala Silva Sánchez «exime de una valoración del hecho específico, requiriendo solo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que este se estimara

¹⁴⁸ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 92. En nuestra opinión, los delitos de peligro son una referencia básica en una sociedad como la de hoy en día, donde siempre aumentan los riesgos no sólo para los bienes básicos como la vida, la libertad, el patrimonio sino también en otros bienes jurídicos como el medioambiente al que por lo general se va a tener que acudir de manera anticipada para una adecuada protección que no represente mayores problemas de los que se hubieran podido evitar con la aplicación de este tipo de delitos.

¹⁴⁹ Cfr. FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad de riesgo". Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI*, *Derecho penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, cit. p. 104.

¹⁵⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, p. 842.

¹⁵¹ *Ibidem*, cit. p. 843.

¹⁵² Cfr. VÍLCHES CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, p. 119.

lícito»¹⁵³. Las conductas individuales que se producen al margen de organizaciones estructuradas no tendrán, por lo tanto, incidencia medioambiental sino en el contexto de su masificación y reiteración en procesos sociales. Resultando cuestionable que deban dar lugar a responsabilidad pese a que constituyan ilícitos formales¹⁵⁴.

Al tener dudas respecto a la legitimidad penal de estos delitos, hace que nos acerquemos al fenómeno llamado «administrativización del Derecho penal», el cual es uno de los grandes problemas político-criminales modernos, y algo que lo caracteriza es el asumir en amplia medida, una forma de razonar, tradicionalmente propia del Derecho administrativo¹⁵⁵. Y esto se puede ver reflejado en los delitos acumulativos, ya que parece tratarse de una estructura ilegítima de criminalización de conductas, en la medida en que la pena no está retribuyendo un comportamiento que materialmente represente un injusto dando como resultado que se sancionen conductas donde el peligro es casi insignificante.

Y no sólo porque parece asumir una perspectiva de prevención más característica del Derecho administrativo, sino que también parece colisionar con principios propios del Derecho penal como el principio de lesividad y culpabilidad, pues respecto del primero, la conducta no es socialmente lesiva por sí misma y, por ello, se acaba haciendo responder a una persona de las conductas de otros, sufriendo con ello un mal mayor que el que le corresponde por su comportamiento¹⁵⁶. Y respecto del segundo, se exige para la imposición de una pena, la responsabilidad penal del autor, esto quiere decir que no hay pena sin culpabilidad del autor, vinculado el delito al autor, que en los delitos de acumulación son varias conductas realizadas por diferentes sujetos a lo largo del tiempo, sin poder determinar a quién corresponde el ilícito¹⁵⁷.

Las opiniones son divididas, para algunos autores como Jakobs defienden este modelo de responsabilidad por acumulación, cuando considera que se podría llegar a entender que normativamente el que actúa sabiendo que su comportamiento incorrecto es generalizado se

¹⁵³ FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”*. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI, *Derecho penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, cit. p. 129.

¹⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, «Estructuras de imputación de responsabilidad en delitos contra el medio ambiente», en Reyna Alfaro (coord.), *Derecho penal y modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010, p. 305. Para este autor, tales conductas constituyen, más que el producto de decisiones defectuosas, el resultado de un desarrollo social defectuoso

¹⁵⁵ Vid. FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”*. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI, *Derecho penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, cit. p. 103.

¹⁵⁶ *Ibídem*, pp. 133-135. Al principio de lesividad lo encontramos en el artículo IV del Título Preliminar del CP que requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico para la imposición de la pena.

¹⁵⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general. Segunda Edición*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2012, p. 619.

está definiendo como miembro del colectivo que lesiona el bien jurídico. El desvalor de estos delitos como señala Jakobs, se encontraría en los «comportamientos uniformes en masa e imputación colectiva». Para otros, su argumentación resulta insuficiente desde la perspectiva del Derecho penal, porque cuando se le impone una pena a un individuo se le impone como tal individuo por la potencialidad lesiva de su conducta y no como representante de la masa o por la potencialidad lesiva de un sector importante de la población¹⁵⁸.

No obstante, la defensa de estos delitos continúa para autores como Kuhlen si se comparte la idea de que los delitos de acumulación desempeñan un papel muy relevante en el Derecho vigente al proteger bienes jurídicos muy valiosos, en los que respecta a la protección de bienes jurídicos colectivos como el medioambiente, son incluso «el verdadero tipo penal estándar». De manera que la triada compuesta por los delitos de lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto debe ser ampliada para incluir la categoría de los delitos de acumulación¹⁵⁹.

Asimismo, no debe olvidarse que el medioambiente constituye un ámbito en el que no es posible exigir una lesividad individual relevante, y a la vez, protegerlo eficazmente¹⁶⁰. Teniendo nociones de la lógica acumulativa debe recordarse que tal figura delictiva solamente podrá admitirse si se cumplen con dos requisitos a) la penalización debe limitarse a casos en los que los efectos cumulativos pueden esperarse de forma realista y b) cada contribución cumulativo individual debe poseer un peso específico mínimo. En relación con el primer requisito, no hay duda que las acciones contaminantes se van a presentar extendidamente en el actual contexto de la sociedad actual, por lo que cabe esperar de manera realista un efecto cumulativo de deterioro del medioambiente. En cuanto al segundo requisito, el peso específico de la acción contaminante que vulnera las condiciones de salud o calidad ambientales se ve reflejado en la exigencia de una relación de causalidad con tal vulneración. Es decir, no basta que la acción contaminante contribuya a la afectación del estándar, sino que esa acción debe ser causa¹⁶¹.

Entonces según todo lo que hemos visto, se puede concluir que el Derecho penal puede aceptar este tipo de delitos y dejar de lado la idea de la administrativización del Derecho penal ya que ella debe ser tratada como una patología que desnaturaliza las características esenciales

¹⁵⁸ Vid. FEIJÓ SÁNCHEZ, *Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad de riesgo". Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI*, *Derecho penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, cit. p. 133.

¹⁵⁹ Cfr. KUHLEN, «Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito», en Robles Planas y Silva Sánchez (Dir.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, cit. p. 228.

¹⁶⁰ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, cit. p. 842.

¹⁶¹ Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, cit. p. 883.

del Derecho penal, implicando, por tanto, una utilización ilegítima de la pena y de las normas que tienen contemplada como consecuencia jurídica una pena¹⁶². Lo que deteriora al medioambiente como entorno vital de las personas es el sin número de conductas productivas o explotativas que a cada instante tienen lugar por la actividad industrial, el uso de diversos bienes contaminantes, el abandono de los desechos, la sobreexplotación de los recursos, la destrucción de los paisajes, entre otros muchos factores. Si se siguiese la lógica de que cada agente debe responder por su propio aporte, todo quedaría en un conjunto de sanciones mínimas incapaces de cubrir la necesidad social de mantener un medio ambiente estable¹⁶³.

2.4. Calificación como delitos mera conducta: ¿Responsabilidad por desobediencia?

Es lógico que los nuevos procesos de criminalización tengan que ver en muchos casos con ámbitos previamente regulados por un orden primario que intenta regular un problema o subsistema social. De esas nuevas intervenciones o políticas jurídicas sabemos que se deriva la necesidad de que el Derecho penal intervenga en los casos más graves. Enfrentándose al actual contexto sociológico que no puede obviar el mayor papel intervencionista del Estado¹⁶⁴.

De hecho, en un primer momento se pensó que la regulación administrativa o contravencional de los atentados contra el medio ambiente era la mejor propuesta para combatir los daños ambientales. Pero al poco tiempo esta propuesta se reveló insuficiente, sobre todo porque los cambios tecnológicos han demostrado que la capacidad destructora del hombre no tiene límites seguros ni previsibles en el deterioro del ecosistema global¹⁶⁵. Por ello, intervino el Derecho penal, cuya protección no ha de ser simbólica, sino la aplicación concreta de un mandato y/o prohibición normativa, ante evidentes conductas que hayan colocado en peligro o aptitud de lesión a cualquiera de los componentes ambientales, ya que si se pretende configurar modelos valiosos de comportamiento, se necesita que la amenaza penal constituya una respuesta jurídica que pueda exteriorizarse en los casos concretos; más

¹⁶² Cfr. FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”*. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI, *Derecho penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, cit. p. 124-125.

¹⁶³ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, pp. 842.

¹⁶⁴ Cfr. FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”*. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI, *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, cit. p. 122.

¹⁶⁵ ABOSO, *El Derecho Penal Ambiental, Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 2.

aún, al contar con una frondosa legislación administrativa que por su vinculación con los preceptos penales, puede constituirse en una puerta abierta hacia la impunidad¹⁶⁶.

No obstante, es cierto que se le ha asignado a la Administración pública la labor técnica de determinar, con una vocación claramente restrictiva, qué conductas contaminantes están permitidas y bajo que condiciones o hasta que límites lo están. Pero más allá del umbral de lo permitido, existe un deber de evitar, reparar y responder por la afectación producida al medioambiente¹⁶⁷. Camino que nos lleva a preguntarnos, si es factible que la conducta que origina un delito contra el medioambiente, resulta una mera desobediencia de las normas administrativas, entonces porqué penalizar este tipo de conductas.

En el origen de estas posiciones esta la propuesta de Binding, que diferencia dos grupos de delitos de peligro concreto en los que no concurre un resultado de peligro y los de mera desobediencia, que serían injustos formales, carentes de fundamento material¹⁶⁸. En efecto, en ellos la referencia real negativa para el bien jurídico está totalmente ausente por eso los calificó como delitos de peligro abstracto. Y estos ocupaban la prohibición de una clase de acciones. Ahí, los aparentemente «legítimos» impulsos prohibitivos del legislador al amparo del bien jurídico, solo pueden ser contrarrestados argumentativamente acudiendo a la desproporción en sentido amplio, ya que se sacrifica mucho más de lo que se logra. Esto es así, pues el problema se encuentra en la fundamentación material del castigo y aunque Binding no desarrolló una argumentación detallada al respecto, sostuvo que no se trataba de prohibir sin más, esto es, de limitar la libertad de actuación sin otro objetivo, sino de que en ocasiones la prohibición es irrenunciable aun sin que exista lesión o puesta en peligro en concreto¹⁶⁹.

A pesar de lo que nos argumenta el autor, esta situación, nos envía hacia la conocida accesoriadad del Derecho penal en relación con el Derecho administrativo, porque parece crear una suerte de dependencia entre ambos, siendo la forma más fuerte de dependencia, la que se presenta cuando la norma penal de conducta por sí sola prescribe la observancia de determinadas decisiones de la autoridad administrativa y, con ello, de manera exclusiva el injusto administrativo formal es objeto del tipo delictivo. Donde las prohibiciones del

¹⁶⁶ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 10.

¹⁶⁷ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, cit. p. 853.

¹⁶⁸ Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant Blanch, Valencia 1999, cit. p. 213.

¹⁶⁹ ROBLES PLANAS, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, cit. p. 24.

Derecho administrativo que entran en consideración para el Derecho penal, pueden tener diferente carácter¹⁷⁰

Como ejemplo, se encuentra la falta de autorización de la entidad administrativa, en donde en algunos casos se puede condicionar la configuración del delito a la previa existencia de una infracción administrativa o a la ausencia de un acto administrativo previo, y la dificultad de deslindar el ilícito administrativo del penal¹⁷¹. De manera que podemos advertir por un lado que la propia norma penal remite a la administrativa para concretar el supuesto de hecho y por el otro la posible eficacia de los actos administrativos para limitar el alcance de la norma penal¹⁷². Por ende, puede generar planos confusos de intercesión normativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador¹⁷³.

Pues, si se tratara de una simple desobediencia a la administración, esta no tendría que ser sancionada por el Derecho penal ya que le hace falta legitimación bajo el presupuesto de que están en juego miedos elementales¹⁷⁴. De ahí, que se deba tipificar nítidamente los injustos penales –comportamientos prohibidos– distinguiéndolos de las desobediencias administrativas¹⁷⁵. Esto se debe a que el cumplimiento de tipicidad penal de la conducta, supone previamente la constatación de una típica: desobediencia administrativa, cuando el legislador hace alusión en la construcción normativa a la contravención a leyes, reglamentos o a límites máximos permisibles y en orden a determinar la relevancia jurídico-penal del comportamiento, importa la verificación de la infracción normativa (reglamentaria), para luego verificar la idoneidad de la acción u omisión para colocar en un verdadero estado de riesgo al bien jurídico tutelado. Pero con ello no podemos tener aún el injusto penal, al tener que agregarse la valoración del efectivo peligro para el interés jurídico. Se habla, por tanto, de un doble nivel de disvalor, la categoría del injusto penal ambiental, no puede determinarse con la sola puesta en escena del Derecho administrativo sancionador, ni tampoco con una sola mirada del Derecho penal¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Cfr. TIEDEMANN, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 2000, p. 218.

¹⁷¹ Cfr. MENDOZA BUERGO, El delito ecológico y sus técnicas de tipificación, *Actualidad Penal* n°13, 2002, pg.309.

¹⁷² Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant to Blanch, Valencia 1999, cit. p. 123.

¹⁷³ Vid. CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 100.

¹⁷⁴ Vid. TIEDEMANN, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 2000, cit. p. 207.

¹⁷⁵ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 90.

¹⁷⁶ *Ibidem* cit. p. 101.

El injusto penal tiene que ir más allá de la mera desobediencia administrativa e implicar un *plus* que justifique la pena de manera que se pueda encontrar la retribución de un injusto concreto merecedor de pena¹⁷⁷. Por eso se debe anclar a un nivel intermedio, una interrelación funcional y normativo entre el Derecho administrativo sancionador (ambiental) y el Derecho penal, sin llegar a soluciones extremos, que hayan de privilegiar una u otra esfera del orden jurídico-público sancionador¹⁷⁸.

2.5. La presencia del principio de precaución: ¿Es coherente con nuestro marco normativo penal? Al discutir acerca del tema de la administrativización del Derecho penal, la cual era completamente inaceptable para gran parte de la doctrina, el tema vuelve a presentarse con una figura sobre la cual se ve reflejada una situación de adelantamiento que supera la concepción de peligro y es propia del Derecho administrativo. Esta figura es el principio de precaución¹⁷⁹, el cual ha sido un tema que no pocos autores han visto como posibilidad de ser un principio aplicable al Derecho penal, ya que establece un límite para el riesgo. Un límite que responde al resultado del ejercicio de ponderación que debe hacerse entre los beneficios del uso de los recursos naturales y los riesgos que se asumen con él.

Decimos esto pues al ver temas que incluyen al medioambiente, es básico que tengamos que señalar a los recursos naturales, esto es así porque no se puede renunciar al uso de los recursos naturales, a menos que se asuma la desaparición, por voluntad propia, de la vida humana, y por otra que la información disponible es siempre insuficiente para conocer todos los efectos que la actividad humana puede causar a corto, medio y largo plazo en el medioambiente, admitiéndose que la vida sin riesgo es inconcebible. En este sentido, el principio significa la asunción de un nivel de riesgo límite, más allá del cual las conductas humanas se convierten en antijurídicas¹⁸⁰. Entonces cabe preguntarnos si el Derecho penal puede ser una herramienta para hacer efectiva y reforzar las normas basadas en la precaución, en la transformación del tipo penal en norma subsidiaria de las reglas de restricción o de prohibición sobre las cuales pesa incertidumbre sobre los riesgos potenciales que ofrecen¹⁸¹.

En primer lugar, tenemos que la versión más extendida de este principio lo vincula a las situaciones de incertidumbre científica sobre los eventuales riesgos o daños graves e

¹⁷⁷ Cfr. FEIJÓ SÁNCHEZ, *Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad de riesgo". Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI*, *Derecho penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, cit. p. 126.

¹⁷⁸ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 105.

¹⁷⁹ Artículo VII del Título preliminar de la Ley general del ambiente.

¹⁸⁰ ESTEVE PARDO, «Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido», en Pérez Alonso (coord.), *Derecho, globalización, riesgo y medioambiente*, Tirant To Blanch, Valencia, 2012, cit. p. 391.

¹⁸¹ Cfr. BESTANI, *Principio de Precaución*, Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2012, pp. 262-263.

irreversibles que puede producir una actividad que aconsejan la adopción de medidas de precaución antes de que se conozca la relación causa-efecto entre la actividad y los riesgos o daños potenciales. Se trata de anticipar la intervención en la gestión y control de los riesgos a un estadio previo a la previsibilidad, conocimiento de los mismos y de las consecuencias nocivas que se puedan derivar de ellos en el futuro, siempre que se trate de riesgos o daños graves e irreversibles a bienes de suma importancia, como la vida, la salud, o el medioambiente, ya sea en el presente o en el futuro. Este principio se ha querido plasmar en la siguiente fórmula: cuando no pueda establecerse la no peligrosidad de una conducta para la producción de graves daños para el medio ambiente o para la salud de las personas, tal conducta debe ser evitada¹⁸².

Teniendo en cuenta lo que implica este principio, la política criminal se dirige hacia una protección aún más anticipada del Derecho penal, donde el principio de precaución se tendrá que acercar hacia los delitos de peligro abstracto, pues en este tipo de delitos, el legislador, determina ex ante si una conducta es peligrosa y con ello prevé la producción del daño de un bien basándose en un juicio verosímil, formulado sobre una situación objetiva y de acuerdo con criterios y normas de experiencia. Esto sucede debido a que no puede llegar a conocer suficientemente la posibilidad de la producción de los resultados dañosos, pues no ha sido demostrada hasta ese momento científicamente. En estos casos el legislador puede decidir si va a prohibir la puesta en práctica de la actividad, lo que penalizaría, o bien somete a pena solo el incumplimiento o violación de las condiciones de seguridad impuestas para su realización en el control de los efectos temidos, pero no suficientemente conocidos¹⁸³. Al mismo tiempo, el principio pretende evitar daños graves al medio ambiente, las personas y demás seres vivos, que suponen una amenaza a lo largo tiempo, y no de forma inmediata sino de forma potencial, pues no hay seguridad sobre su causación. Para ello, como señala Schroeder, este principio quiere prohibir acciones cuyo nexo causal en relación con daños futuros aún no es compatible científicamente. Además, pretende prohibir acciones que puedan causar daños graves no por sí solas, sino de una forma cumulativa¹⁸⁴.

¹⁸² Vid. ESTEVE PARDO, «Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido», en Pérez Alonso (coord.), *Derecho, globalización, riesgo y medioambiente*, Tirant To Blanch, Valencia, 2012, cit. p. 403. Como información referencial, este principio tiene una aparición vinculada al Derecho internacional y administrativo del medio ambiente en los años setenta, y cada día va teniendo mayor repercusión en el ámbito jurídico-social en la medida que es un instrumento adecuado para la percepción, gestión y control de los nuevos riesgos propios de lo que ya hemos denominado como sociedad del riesgo.

¹⁸³ Cfr. BESTANI, *Principio de Precaución*, Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2012, pp. 264-267.

¹⁸⁴ ESTEVE PARDO, «Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido», en Pérez Alonso (coord.), *Derecho, globalización, riesgo y medioambiente*, Tirant To Blanch, Valencia, 2012, p.404.

Podría decirse, que el modelo del principio de precaución supone el contrapunto al modelo preventivo del riesgo permitido vulnerando los principios de lesividad y culpabilidad como en el caso de los delitos acumulativos, pues si se transita desde el conocimiento de los riesgos y de los nexos causales hacia la incertidumbre del riesgo, de los posibles daños y de los nexos causales entre ambos¹⁸⁵. Pero no sólo eso, sino que también produciría la vulneración de aplicación del principio de intervención penal mínima o *ultima ratio*, principio admitido unánimemente por la doctrina, que expresa la idea de que el Derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general¹⁸⁶.

Por lo tanto, si se quiere aceptar en cierta medida este principio los casos de Derecho penal, tendremos que saber en qué casos la consecución de fines preventivos exige su intervención y en qué medida podrían cumplir la misma finalidad preventiva disposiciones. De lo contrario, el Derecho penal se ve inmerso en una dinámica administrativizadora con base en la idea de una óptima protección de bienes jurídicos, esto es que los bienes jurídicos quedan mejor protegidos, si se castigan incluso aquellas conductas de las que no se sabe si encierran peligros para bienes o se sospecha que podrían ser peligrosas. De esta manera, los espacios de riesgo permitido se ven restringidos en beneficio del interés en la protección de bienes jurídicos¹⁸⁷, por lo que cabe pensarse si este principio puede tener cierta función en este terreno como orientador de la evaluación o determinación de la peligrosidad del comportamiento enjuiciado, tal vez puede ayudar a establecer, en los delitos de peligro, la peligrosidad de una acción determinada en una situación concreta¹⁸⁸, no obstante es un tema que a nivel de este trabajo no estamos concentrándonos a profundidad.

¹⁸⁵ Vid. ESTEVE PARDO, «Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido», en Pérez Alonso (coord.), *Derecho, globalización, riesgo y medioambiente*, Tirant To Blanch, Valencia, 2012, p. 407.

¹⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.B Editor, Barcelona 1992, cit. p. 246.

¹⁸⁷ FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad de riesgo"*. *Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI*, *Derecho penal Contemporáneo-Revista Internacional*, N°19, Chile, 2007, pp. 136-137.

¹⁸⁸ Cfr. BESTANI, *Principio de Precaución*, Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2012, p. 268. En teoría, esta autora, propone que basándonos precisamente en la innecesidad de imputar un determinado resultado y pudiéndose prescindir de la constatación estricta de un nexo causal, se puede decir que el principio de precaución puede colaborar en la construcción o interpretación de una acción peligrosa al margen del criterio de previsibilidad, pero con semejantes, si no superiores presupuestos de seguridad jurídica basados en las prescripciones de conducta que tal principio impone y como aplicación armónica del mismo, para poder imputar objetivamente la conducta al tipo, exista alguna constatación judicial con respecto a la peligrosidad de la acción individual y cuando esta, no conste de manera de manera indiscutible, quepa afirmar, al menos, que no puede razonablemente descartarse un riesgo de daño, basado en indicios científicamente fundados.

3. Marco penal abstracto de las consecuencias jurídicas. Atribución de responsabilidad penal

Así como hay serios cuestionamientos hacia el bien jurídico y la clase de conducta antijurídica, como los que en el primer aspecto hemos visto con respecto a las teorías y a los bienes jurídicos colectivos, donde el medioambiente tiene titularidad conjunta de todos los individuos haciendo que el número de víctimas potenciales sea en demasía indeterminado, además de la dificultad de comprobación de un resultado. Y respecto del segundo aspecto, al analizar si los delitos contra el medioambientes eran de resultado o de peligro concreto o abstracto, la aparición de los delitos de acumulación y su fuerte relación con los bienes colectivos pues en estos casos el acopio de conductas en distintos tiempos también dificultaba la atribución del ilícito penal, además de la entrada de la Administración en los casos de mera conducta y la confusión con una desobediencia administrativa, olvidando los límites tanto del Derecho administrativo y penal. No cabía duda de la existencia de cuestionamientos hacia las consecuencias jurídicas del delito. Pues bien, en un primer momento, la levedad de las penas previstas en el Código penal no reflejaba la valoración actual que nuestra sociedad hace acerca de la importancia de otorgar tutela penal al ambiente y, como consecuencia, siempre que no concurren agravantes especiales como lesiones graves o muerte de un humano, el delincuente podía acogerse a los privilegios sustantivos y adjetivos penales como por ejemplo condena condicional, suspensión de la ejecución de la pena, exención de la pena o si era el caso conversión de la pena privativa de libertad en multa o prestación de servicios a la comunidad¹⁸⁹.

Actualmente, autores como Carmona Salgado, consideran que la sanción penal debe operar como un instrumento más del sistema legal vigente, globalmente considerado, y elaborado con la expresa finalidad de lograr una efectiva protección del medioambiente, siendo su misión esencial la de contribuir a encontrar el difícil equilibrio que debe mediar entre la salvaguardia de un hábitat adecuado para el normal desarrollo de la existencia humana y el necesario impulso que quiere el crecimiento industrial, el cual al redundar en beneficio de la economía nacional, termina por mejorar la calidad y el nivel de vida de las personas¹⁹⁰.

En los delitos contra el medioambiente, si la víctima somos todos en general como seres humanos y el autor puede ser más de una persona esa idea de reparación a la víctima, suscita

¹⁸⁹ ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, p. 770.

¹⁹⁰ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, pp. 92-93.

problemas paralelos sobre la compatibilidad de la conciliación en el ámbito penal y las garantías del imputado, en particular por la infracción que supone del principio de presunción de inocencia, por la posibilidad de imponer una sanción sin practica de prueba ni pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad¹⁹¹. Sobre todo, porque en estos casos la pena debe ser proporcional a la conducta que se le imputa a un sujeto, significando mucho para la víctima, pues manifiesta la solidaridad del grupo social con la ella. La pena deja fuera al autor y con ello, reintegra a la víctima¹⁹².

Estos problemas se intensifican sobre todo cuando miramos hacia la conducta que generó la comisión del delito, pues para los casos contra el medioambiente en los que se quiere imputar responsabilidad penal, se puede considerar la conducta punible a título de dolo o culpa. Y para que concurra un delito de peligro doloso es necesario probar que el sujeto conocía el peligro objetivo idóneo concurrente. La identidad del dolo en los delitos de peligro y en los delitos de lesión no depende, únicamente, del concepto de dolo sino también del objeto del dolo, que en un caso es un resultado de peligro y en otro un resultado de lesión¹⁹³. Asimismo, no sólo está el dolo sino también la culpa, y ella implica la imputación de conocimiento sobre la posible lesividad de la conducta que activa el deber de establecer mecanismos de cuidado¹⁹⁴. Por ejemplo, cuando el grupo de personas afectadas es significativo, en el caso que sean expulsados compuestos químicos que se encuentren en el aire o en el agua, elementos que son esenciales en la vida cotidiana de los seres humanos. Y esto sucede sin observar las prescripciones y ordenanzas sobre la materia y dichas industrias emitiendo o evacuando –como ya mencionamos– una serie de gases tóxicos, emisiones de ruidos molestos, filtraciones y otras radiaciones, que día a día ingresan a los pulmones de las personas, pudiendo generar enfermedades pulmonares y alergias en la piel. Además, la flora, los árboles, plantas y otras especies de la flora silvestre sufren en su hábitat natural, al nutrirse de agua totalmente contaminada, que impide su florecimiento y normal crecimiento.

Decimos esto porque al existir dudas respecto a la conducta que se imputa en estos delitos nos conduciría hacia la afectación de la dignidad relativa de la persona que obliga a que la pena no pueda imponerse al delincuente desligado de los fundamentos de su actuación práctica, ya que el delito no puede construirse sin la culpabilidad del autor y tampoco con

¹⁹¹ CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant to Blanch, Valencia 1999, cit. p. 177.

¹⁹² SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Bdef, Buenos Aires 2011, cit. p. 51.

¹⁹³ Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant to Blanch, Valencia 1999, cit. p. 115.

¹⁹⁴ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general. Segunda Edición*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2012, cit. p. 534.

cualquier forma de culpabilidad¹⁹⁵. En especial cuando el artículo VII del Título preliminar del Código penal señala que esta proscrita la responsabilidad penal objetiva, esto es, que la responsabilidad penal no se deduce o se presume. Por lo tanto, para que la conducta se subsuma en el tipo penal, además del cumplimiento de los presupuestos objetivos, se requiere del presupuesto subjetivo materializado con el dolo eventual, es decir que el sujeto activo realice el hecho previsto en el tipo penal con su conocimiento y voluntad para la producción del resultado delictivo querido¹⁹⁶.

De lo contrario, la pena, ve modificadas sus funciones tradicionales, viéndose transformada en un instrumento de gestión de la delincuencia como macrorriesgo social. El uso expansivo acaba teniendo como consecuencia a mediano y largo plazo que el derecho penal en su conjunto vaya perdiendo sus características, se desnaturalice y acabe adquiriendo otros contornos. La renuncia caso por caso a la intervención de la pena en supuestos de infracciones culpables es un indicio de que la pena está interviniendo allí donde no hace falta. Una política criminal inadecuada produce cada vez un mayor distanciamiento entre lo abstractamente punible y lo efectivamente penado¹⁹⁷.

Mientras los incrementos de severidad de las penas no tienen efectos preventivos comprobados, éstos sí resultan del reforzamiento de los factores que inciden en una mayor certeza de la sanción¹⁹⁸. Pero si el esfuerzo del Derecho penal en el proceso se instituye como el único medio legítimo por el cual la ley penal puede realizarse y así recibir una sanción punitiva al agente infractor¹⁹⁹, no puede existir dudas respecto a la sanción que le corresponde al autor del delito en el caso concreto.

¿Cuál sería el camino a seguir? Podemos observar la teoría que desarrolla Silva Sánchez, para este autor existe un Derecho penal con dos velocidades, siendo la primera velocidad, donde se encuentran bienes jurídicos base como por ejemplo el patrimonio y representada por el Derecho penal «de la cárcel», en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de

¹⁹⁵ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general. Segunda Edición*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2012, cit. p. 103.

¹⁹⁶ RUIZ BRAVO Y MAYOR SÁNCHEZ, *La minería ilegal como delito de peligro abstracto en el Perú, análisis a propósito de la actividad de beneficio que desarrolla la minería ilegal aluvial en los cauces de los ríos*, Actualidad Penal y Procesal Penal, N°294, 2008, cit. p. 155.

¹⁹⁷ FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”*. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI, *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, pp. 104-106.

¹⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.B Editor, Barcelona 1992, cit. p. 219.

¹⁹⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, *Los Delitos contra el Medio Ambiente*, Editorial Rodhas SAC, Lima, 2010, cit. p. 108.

privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción²⁰⁰. Donde en este último se ubicaría el medioambiente, debido a que al existir tantas dudas acerca de la imputación del delito a un sujeto, no palpamos una certeza o convicción que la pena sea totalmente la solución para que sigan cometiendo este tipo de delitos del que todos somos afectados.

Se criminalizan comportamientos no porque sean socialmente inadecuados, sino para que pasen a serlo. Se pone el acento, ya sea respuesta y retribución, en la prevención de futuras perturbaciones de gran magnitud. No se trata de compensar la injusticia, sino de prevenir el daño; no se trata de castigar, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro. Se utiliza el Derecho penal como instrumento de transformación social a través de la funcionalización de los bienes jurídicos, creando nuevos bienes jurídicos distintos a los tradicionales²⁰¹.

Por lo tanto, sí cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación, como también de los principios político-criminales, por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad. Debido a que tales principios son susceptibles, en efecto, de una acogida gradual y –al igual que sucede hoy entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador– no tendrían por qué ser integrados en idéntica medida en los dos niveles de Derecho penal, con o sin penas de prisión²⁰². Solo si ocurre la idea de que la pena exclusivamente puede prevenir la lesión mediante retribución de un hecho concreto que se pueda definir como un injusto y encierre una lesividad social que se merezca a una pena, se puede encontrar algún tipo de límite a estos procesos patológicos que preocupan a la doctrina²⁰³.

²⁰⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Bdef, Buenos Aires 2011, p. 183.

²⁰¹ FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”*. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI, *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, cit. p. 114. Para este autor a pesar que se trata de un Derecho penal preventivo, orientado a la reducción de riesgos y a una intervención que proporcione seguridad, la política criminal se ha convertido en política de seguridad. No se retribuye la creación de riesgos para bienes jurídicos, sino que el derecho penal sirve para prevenir o controlar que los riesgos se mantengan dentro de sus límites. El Derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a lesiones graves de bienes jurídicos individuales para transformarse en el instrumento de una política de seguridad, p. 115.

²⁰² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Bdef, Buenos Aires 2011, p. 180.

²⁰³ FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”*. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI, *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, cit. p. 125.

4. Balance

Empezamos el capítulo segundo estudiando el primer problema respecto al bien jurídico protegido penalmente y con ello vimos algunas propuestas doctrinales, las cuales ya habíamos desarrollado –pero no a profundidad– en el primer capítulo. Por un lado, teníamos a la teoría ecocéntrica destinada a la protección en sí misma del medioambiente, y por otro a la teoría antropocéntrica moderada, la cual se dirigía hacia una protección del ambiente, pero con la finalidad de hacer posible la vida en la tierra. Y aunque pudimos concluir que una postura más factible de ejecutar era esta última, no es solución del que tengamos una certeza absoluta por lo que hace falta establecer algunos criterios que nos podrían ayudar a llegar a una posición más segura de lo que venimos comentando, pues como hemos podido analizar, el bien jurídico para algunos autores no es tan importante, enfocándose solamente en el desvalor de la conducta en general. Criterio que nos lleva a pensar sobre dudas en la configuración del delito, estableciendo en primer lugar las diferencias respecto a los delitos de resultado o de peligro, hicimos mención de lo que interesaba es conocer según se produzca un resultado material de lesión o de peligro respectivamente, es decir, atendiendo al grado de afectación del objeto del delito, atenderíamos hacia la probabilidad de lesión en el caso concreto.

Por otro lado, nos ubicamos dentro de los delitos de peligro, donde hemos identificado algunas particularidades, ya que implican una intervención anticipada del Derecho penal, siendo como hemos visto, bastante criticados por parte de la doctrina. Sobre todo, porque la doctrina no tenía un concepto de peligro profundamente aceptado, pero que en nuestra posición aceptamos que está referido a la posible afectación de un interés socialmente valorado. No obstante, dentro de los delitos de peligro se encontraban los delitos de peligro concreto y abstracto, donde los primeros se presentaban con una peligrosidad con aptitud concreta relevante para producir un resultado y los segundos eran más unas presunciones legales de riesgo, particularmente porque no producen un resultado de lesión al bien jurídico. Y que para nosotros son un referente básico para prevenir conductas que ponga en riesgo ese estado social básico el cual requiere una oportuna protección.

Luego al hablar de esa punibilidad anticipada, vimos el tema de la administrativización del Derecho penal por el que se asume el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, pues iba de la mano de los denominados delitos acumulativos, donde se pone el acento, ya sea respuesta y retribución, en la prevención de futuras perturbaciones de gran magnitud acumuladas. Admitiéndose de manera tolerable la expansión del Derecho penal a ilícitos de acumulación o peligro en conductas alejadas incluso de la creación de un peligro real para bienes individuales y supraindividuales.

Pero a pesar que se trata de un Derecho penal preventivo, orientado a la reducción de riesgos y la intervención que proporcione seguridad, nos cuestionábamos nuevamente acerca de si la conducta no era más bien un tipo de desobediencia, mostrándose la disputa que hay entre el Derecho administrativo y el penal, haciendo que se plantee la minimización de la intervención estatal en el Derecho penal y su incompatibilidad con las exigencias de prevención general, pues puede ser utilizado arbitrariamente para castigar careciendo así entendido de legitimidad. Sin embargo, cabe que el Derecho penal tenga un espacio de expansión comprensible para prevenir o controlar que los riesgos se mantengan dentro de sus límites.

Asimismo, al discutir sobre el Derecho administrativo, nos sorprende encontrar otra figura, como el principio de precaución, el cual ha sido tomado por algunos autores como un principio que se podría aplicar en el Derecho penal, aunque no esté del todo claro, pues implica algo que va incluso más allá de delitos de peligro haciendo que no tan siquiera se pudieran dilucidar responsabilidades, pero del que sí, cabría la posibilidad de aplicar como criterio delimitador de los delitos de peligro sin que ello implique la conversión a una gestión ordinaria de problemas sociales.

Por último, vimos los cuestionamientos acerca la sanción penal para ello debíamos establecer una postura respecto a la sanción penal que sería la de posible aplicación en este tipo de delitos. El espacio para la pena de prisión viene dado por la existencia de conductas que, por sí solas, lesionan o ponen en peligro real un bien individual o supraindividual, siempre que sea la conducta del concreto sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real, pero como hemos podido analizar en los delitos contra el medioambiente esto no sucede siempre, al contrario muchas veces solo va bastará que exista se ponga en peligro –del que no se tiene parámetros de delimitación– para configurar el delito. En ese sentido pensamos que el Derecho penal tendrá que acompañar ese cambio de paradigma sobre la demanda social de punición y como instrumento de control social de una determinada sociedad, puede dar lugar a una alternativa que resulte, por un lado, funcional y, por otro lado, suficientemente garantista para satisfacer finalidades político-criminales orientadas a la minimización de riesgos sin tener que dañar el modelo clásico de imputación y de principios en el núcleo de los delitos que tienen asignada una pena de prisión. Es decir, podemos encontrar otras sanciones que de alguna manera brinden seguridad como la que posee el Derecho penal.

Y mismo tiempo brinda un aseguramiento a la comunidad siempre que no se desvirtúen o desnaturalicen esas funciones y el papel que debe desempeñar legítimamente la pena estatal,

trayendo consigo también la intervención de otras ramas del ordenamiento jurídico como el Derecho administrativo. Asimismo, las dudas que se pudieran tener en torno al tema administrativo y penal tendrán que ser aclarado a nivel doctrinario y establecer algunos matices en la tipificación del delito en nuestra toma de postura final. Lo que nos tiene que interesar es lo que hemos estudiado hasta este punto nos va a ayudar a establecer nuestra postura para cada uno de los problemas planteados pues se trata más bien de prevenir el daño, de asegurar y controlar estas conductas delictivas que hacen temer por un presente y futuro muy negativo en el medioambiente.



Capítulo 3

Propuesta a las cuestiones planteadas

En el presente capítulo nos encargaremos de relacionar los principales temas que han ido saliendo a lo largo del presente desarrollo. Concretamente, nos encargaremos de presentar nuestra toma de posición y nuestra propuesta en los siguientes temas: en primer lugar, bien jurídico protegido, en segundo lugar, respecto a la clase de conducta, analizaremos una nueva figura, en la que presentaremos un marco teórico para luego ser aplicado en los delitos contra el medioambiente, y, en tercer lugar, veremos las consecuencias jurídicas a ser aplicadas.

1. Sobre el bien jurídico protegido

1.1. Anotaciones previas. No resulta sencillo sistematizar el ámbito de lo antinormativo y menos si no se tiene claro el tema del bien jurídico protegido. Ello debido a que, tras muchos años de estar presente en la discusión político-criminal, va apareciendo el convencimiento de la escasa capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico para realizar afirmaciones realmente operativas sobre los límites de las prohibiciones y mandatos en el Derecho penal, encontrándose la razón en su elevada dosis de circularidad conceptual²⁰⁴. Por ello, se necesita la referencia a criterios normativos fundamentales para que pueda ser definido de alguna manera lo suficientemente precisa, pero a la vez que pueda ser protegido de manera racional, además que el Derecho penal puede ayudar a someter las valoraciones a un proceso de cambio y armonizarlas con sus propios objetivos²⁰⁵.

En ese sentido, debe ponerse de relieve el amparo en las normas constitucionales, donde hacemos referencia que, al recurrir a nuestra Carta Magna, como norma informadora y delimitadora de la tutela penal, esta se establece como el marco más adecuado para la identificación de bienes jurídicos, ya que por la trascendencia que tiene a nivel social-democrático cumple con lo que se requiere para su protección²⁰⁶.

De hecho, gozar de un medioambiente equilibrado y adecuado como lo estipula la constitución nos tiene que llevar a pensar en que tiene que haber consonancia y armonía para poder disfrutar de él y esto repercute sobre todo en el hombre que –como ser racional– tiene que intervenir de manera adecuada para poder mantener esa interrelación con el ambiente natural. La intervención punitiva va a tener en cuenta la normativa medioambiental

²⁰⁴ ROBLES PLANAS, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, cit. p. 23.

²⁰⁵ Cfr. TIEDEMANN, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 2000, p. 206.

²⁰⁶ Cfr. CARO CORIA, *Derecho penal económico, parte especial, tomo II*, Jurista Editores, Lima, 2016, p. 387.

promulgada en los últimos años al amparo de las disposiciones constitucionales, pues aquí vamos a encontrar que se apunta a establecer precisamente cuales son los parámetros adecuados para una gestión del ambiente que permita una integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo colectivo. No está de más decir, que en la sociedad actual no puede prescindirse por completo de la actividad productiva y explotativa de los recursos naturales, por lo que la regulación ambiental tiene que establecer ciertos estándares que aseguren un medio ambiente de calidad²⁰⁷.

Si tenemos como base a la Constitución, el Derecho penal no puede retrasar su intervención con respecto a la conducta atentatoria ambiental, ya que sería ineficaz en su función de prevención, más aún porque hay que señalar que la legitimidad del bien jurídico medioambiente viene caracterizada por su estrecha vinculación con los bienes jurídicos de orden personal, es decir, la vida, el cuerpo y la salud de las personas²⁰⁸, entonces el bien jurídico encierra un núcleo cierto, pero es más analítico que material, ya que este nos tiene que servir solo como primer material bruto para la discusión en torno a la legitimidad de las prohibiciones²⁰⁹.

Ahora bien, nosotros, en el apartado II.1 colegimos que respecto del bien jurídico protegido nos inclinábamos por la teoría antropocéntrica moderada, ello conlleva a deducir que se circunscribe la noción de ambiente natural (aire, agua, suelo, flora y fauna) y su relación con la vida humana²¹⁰. En ese sentido, está presente la idea de velar por el respeto a la naturaleza, en la medida en que el hombre es también naturaleza, y el destino de una y otro van ineludiblemente unidos, por eso en vista que se está creando un ambiente poco favorable para el normal desarrollo de los individuos, es decir de un medioambiente de calidad, va a ingresar en el campo de operaciones del Derecho penal²¹¹.

Esto significa que podemos responder con mayor precisión la pregunta de cuál es el bien jurídico protegido penalmente en los delitos contra el medioambiente, y la respuesta está en que se protege el medioambiente –interacción de elementos bióticos y abióticos– natural en cuanto favorece de manera directa o indirecta la vida y el desarrollo de las personas (antropocentrismo moderado). Empero, hace bien establecer unas anotaciones adicionales

²⁰⁷ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, cit. p. 832.

²⁰⁸ Cfr. CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, p. 96.

²⁰⁹ Cfr. ROBLES PLANAS, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, cit. p. 23.

²¹⁰ Cfr. CARO CORIA, *Derecho penal económico, parte especial, tomo II*, Jurista Editores, Lima, 2016, p. 370.

²¹¹ Cfr. CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, p. 08.

para poder dimensionar adecuadamente la protección penal, entonces empecemos por indicar que el resguardo penal del ambiente natural no se hace desde una perspectiva estática, sino funcional, lo que explica que algunos autores prefieran utilizar, más bien el término medioambiente (natural) del discurso penal, sino que su uso debe ser entendido en un sentido funcional conforme a la lógica de los ecosistemas²¹².

Sin embargo y aunque estemos de acuerdo con lo anteriormente mencionado, si el delito ambiental desestabiliza el ecosistema, parece evidente que el Derecho penal no puede proteger una estabilidad ya afectada por el delito. Por eso, lo que realmente protege el Derecho penal es la expectativa normativa de conducta de que las actividades que inciden en el medioambiente no traigan consigo un deterioro de las condiciones medioambientales que la hagan impropia para el desarrollo de las personas. Si bien esta expectativa normativa se sustenta indiscutiblemente en la importancia social del medioambiente, la función que la pena despliega es devolverle su vigencia social frente a la defraudación realizada por el delito ambiental. El Derecho penal hace que se mantenga la vigencia social de la norma que impone un actuar respetuoso del medioambiente natural conforme a determinados estándares de protección. El bien jurídico penalmente protegido será entonces la expectativa normativa de conducta de que las actividades humanas no deben generar un impacto en el medioambiente natural que pueda desestabilizarlo. Además, para autores como García Caveró, la perspectiva institucional de colocar el bien jurídico penalmente protegido en la vigencia de la expectativa normativa defraudada por el delito, trae como consecuencia que se convierta en innecesario entrar en la discusión sobre si el medioambiente es un bien jurídico individual o colectivo. Lo que la conducta lesiona o pone en peligro fenomenológicamente no es el bien jurídico, sino lo que el delito defrauda comunicativamente. Si esa expectativa se sustenta en un derecho individual o en condiciones sociales comunes a varios individuos, no influye en su merecimiento de protección penal.²¹³

Con respecto a la mencionada discusión que viene dada en el marco de los delitos medioambientales, no hablamos como lo solemos hacer de bienes jurídicos personalísimos, sino que como bien hemos comentado en su momento²¹⁴ en esta esfera de crímenes medioambientales, se identifica un bien jurídico colectivo o supraindividual²¹⁵, donde muchas

²¹² Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, p. 839.

²¹³ *Ibíd.*, p.840.

²¹⁴ Ver apartado II.1

²¹⁵ En nuestra opinión, no podemos dejar de lado, este aspecto tan arraigado por la doctrina, por eso, precisamos, que la protección penal no apunta a preservar, cual piezas de arte los objetos individuales o colectivos valorados positivamente, sino devolver la confianza de la norma cuestionada por comportamientos que manifiestan socialmente un desprecio a los aspectos esenciales de la organización social, este pensamiento es propio de la

veces no se da la causación efectiva de un perjuicio material. La política criminal del Tercer milenio, entonces, tienes que ver fundamentalmente con la protección de bienes jurídicos, que desbordan la estructura de los intereses estrictamente individuales, para insertarse en el ámbito de los denominados intereses difusos, en cuanto, a la protección de bienes jurídicos supraindividuales, que pertenecen a todo el conjunto de la sociedad, entre estos, el medioambiente ocupa un lugar trascendental, en mérito a su relevancia constitucional²¹⁶.

No está de más decir que, para nosotros, el medioambiente constituye un bien jurídico supraindividual, pues su titularidad no recae en una sola persona, sino al colectivo de la sociedad; es por ello, que puede hablarse en este caso de intereses de los que se hallan presentes de modo informal y propagado a nivel de masa en ciertos sectores de la sociedad, cuya esencia toma lugar a partir de su directa relación con los bienes jurídicos individuales; al margen de que estos comportamientos prohibidos puedan ocasionar daños cuantificables a personas determinables. En estos casos, las repercusiones negativas del deterioro del medioambiente afectan a la sociedad en su conjunto. Piénsese, por ejemplo, en la contaminación atmosférica, en la destrucción de un paisaje, en la desaparición de una especie protegida²¹⁷. Por ende, si seguimos la visión donde el medio ambiente no sólo ha de protegerse para evitar peligros para los bienes jurídicos individuales, sino también y principalmente para posibilitar el ejercicio libre de los bienes jurídicos a los que complementa. Esta función positiva, que sin duda desempeñan los elementos naturales conformadores del medioambiente son los que confieren plena autonomía como bien jurídico²¹⁸.

Por otro lado, no hay que olvidar que también se encuentra la discusión sobre los delitos acumulativos, los cuales son una técnica de protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales donde el debate político criminal sobre las estructuras

tesis institucional del bien jurídico, la cual concibe que el Derecho penal no prohíbe estados desvalorados, sino la producción evitable de tales estados, así la prohibición penal no es garantizar la existencia de determinados bienes (individuales o colectivos) sino evitar un ataque contra los mismos, en Cfr. García Cavero, *Derecho penal. Parte general. Segunda Edición*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2012, cit. p. 128.

²¹⁶ Al ver, entonces, la protección exclusiva de bienes jurídicos individuales, que caracterizaba al Derecho penal liberal, esta habría de manifestar serias modificaciones en la tutela jurídico-penal, donde el plano social del sistema y las configuraciones sistémicas concomitantes, reconduce a la construcción normativa de bienes jurídicos supraindividuales, mediando la inclusión de conductas prohibidas, que se alejan de la imagen tradicional de la causación efectiva de un resultado, por la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, determinando la formulación de un Derecho penal predominantemente preventivo, que no ha de esperar que se generen resultados materiales de disvalor, para que se intervenga, sino que dicha nueva visión de las cosas importa el deber de contención de dichos riesgos, en CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 07.

²¹⁷ *Ibíd*em, p. 95.

²¹⁸ Cfr. CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, p. 10.

típicas por acumulación vincula dos cuestiones esenciales: la protección de bienes jurídicos colectivos o abstractos y la protección abstracta de bienes jurídicos²¹⁹. De esta manera podemos pensar que el bien jurídico serviría, como mero catalizador de la discusión en torno a si pesan más los intereses en el actuar libre de prohibiciones o si son más relevantes los intereses en la no perturbación –en forma de puesta en peligro– del bien jurídico. Sobre la cuestión material no se puede argumentar con la lógica del bien jurídico, sino únicamente adoptando un punto de vista externo al mismo que decante el juego argumental a favor de la libertad o de la protección²²⁰.

Nosotros pensamos que, aunque este debate respecto a los delitos de acumulación represente un problema²²¹ para determinar muchas veces, al autor o autores del delito y la víctima o víctimas de ellos, y puede hacer que por sectores se necesite una inversión legislativa de la carga de la prueba, no tienen que penalizarse las conductas recién cuando se tenga certeza de su nivel de daño²²². Lo que importa es que los delitos de contaminación medioambiental sancionan actos de organización que, bajo una lógica acumulativa, deterioran el medioambiente, donde la actuación típica se sigue centrando en un acto de organización del ciudadano peligroso para la estabilidad²²³.

Dada la utilización de la técnica del delito acumulativo, algunos autores concluyen que tal tipificación solo podría admitirse si la titularidad del bien jurídico recae sobre las generaciones futuras. Pero no compartimos este pensamiento, pues el derecho a un medioambiente equilibrado no es una norma programática, sino un derecho fundamental reconocido a todas las personas. Por lo tanto, el sujeto pasivo del delito de contaminación ambiental es la colectividad que se desarrolla en el entorno natural afectado por la acción contaminante. El derecho a un medioambiente equilibrado es común a todos los miembros de la sociedad, por lo que la regulación penal despliega

²¹⁹ FEIJÓ SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”*. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI, *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Chile, 2007, cit. p. 128.

²²⁰ ROBLES PLANAS, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, cit. p. 24.

²²¹ Decimos esto porque, en opinión de Mendoza Buergo, el problema con el tipo acumulativo es que no se exija que la acción individual conlleve una lesión o puesta en peligro, sino sólo que esta pertenezca a una clase de acciones que cuando se realizan un número muy elevado de veces, pueda dar lugar a una lesión o una puesta en peligro, haciendo que subvenga la demanda de resolver o superar los problemas de causalidad y de imputación de acciones que solo si realizan masivamente constituyen una amenaza para el bien jurídico, en Mendoza Buergo, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 62.

²²² Cfr. TIEDEMANN, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 2000, p. 207.

²²³ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, p. 855.

una protección colectiva de este derecho de cada miembro de la sociedad²²⁴. Esto no quiere decir que no vayan a existir consecuencias o efectos negativos en los seres humanos no sólo de generaciones presentes sino también futuras²²⁵, pero estas no son como hemos explicado las titulares del bien jurídico.

Teniendo en cuenta estas ideas, creemos que al considerar a la vigencia de la norma como bien jurídico no es que se establezca para nosotros como un puro normativismo como algún sector de la doctrina lo considera. Reinstaurar la confianza del ciudadano en la norma penal implica y solo tiene sentido si está al servicio de la protección de los intereses más relevantes de la sociedad, ya sean de titularidad individual o colectiva. Por ello, la importancia social que ha de tener el bien para ser merecedor de tutela jurídico-penal implica que los bienes jurídicos para ser penales han de considerarse fundamentales para la vida social²²⁶.

Asimismo, el enfoque asumido no debe desconocer ciertamente, por una parte, que el fundamento por el cual se hace necesario mantener la vigencia de la expectativa antes referida, es la importancia de los ecosistemas en el desarrollo de las personas y que, por otra parte, la defraudación de la norma precisa de un hecho socialmente perturbador que debería contemplar una afectación sensible a un ámbito de la realidad que encarna el fundamento de la norma penal²²⁷.

²²⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, p. 862.

²²⁵ El autor Shünemann es quien concibe como parte del contrato a toda la humanidad, esto es, incluyendo también a las generaciones futuras. De ahí que, frente a la construcción del valor supremo del «individuo que vive en uno u otro momento», se contraponga «la supervivencia de la especie humana», valor que desde el punto de vista de las personas que viven en el momento actual no es individual, sino universal. Además, añade, como no hay razón para que sea de mejor condición una generación frente a las demás, cabe deducir que existe un derecho de todas las generaciones a una parte relativamente igual de los recursos naturales, de lo que a su vez puede inferirse la existencia y preservación de un medioambiente propicio a la vida como el bien jurídico que ocupa el segundo lugar en la jerarquía de valores después de la existencia y de la preservación de la especie homo sapiens (...), en GÓMEZ TOMILLO Y SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador, parte general*, cuarta edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017, cit. p. 59-60.

²²⁶ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant Blanch, Valencia 1999, p. 179. Para Jakobs, es equivalente la conducta que lesiona un bien jurídico a un suceso relevante para el quebrantamiento de la norma. En este sentido, el propio autor, al referirse a las críticas que se le dirigen en el sentido de que pasa por alto al sujeto libre, advierte que esta crítica solo es cierta si el sujeto no participa determinantemente en la autodescripción de la sociedad. No se puede contraponer libertad a colectivismo, porque la individualidad no sólo es el presupuesto sino también una consecuencia de la socialidad. El individuo es persona en cuanto es un animal social y, además, en el actual sistema de Estado, tiene medios para participar activamente en la configuración de esa sociedad a la que pertenece y a la que configura.

²²⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, p. 841. No obstante, el autor hace una excepción con respecto a los delitos de peligro abstracto.

1.2. Precisiones. Finalmente, podemos señalar que la variedad de propuestas doctrinales sobre la adhesión conceptual del ambiente, busca en el plano penal, el primer paso de delimitación de este bien jurídico, así hemos podido afirmar que en el terreno penal el merecimiento de pena exige que el bien jurídico-penal contemple la posibilidad de afectación, cuando menos indirecta, para los individuos. Pero dicho supuesto no solo ha de entenderse como la sola posibilidad, por ejemplo, de alterar negativamente la salud pública, sino como la afectación de las condiciones que hacen posible la existencia, conservación, mejora de otros intereses como por ejemplo la vida en el planeta²²⁸.

El medioambiente ha sido catalogado como objeto de protección para el Derecho penal dentro del contexto social en que vivimos para enfrentarse a conductas que generen o puedan generar afectación sobre el mismo, pues sustenta el desarrollo de la vida humana en la tierra, donde la justicia ambiental se configura como elemento clave en la configuración del Estado social dirigido a hacer frente a los actos contrarios al medioambiente, así como a la sobreexplotación de recursos naturales.

Es por ese motivo que, en nuestro sistema jurídico, el legislador penal peruano ha seguido el camino de crear delitos que sancionan específicamente conductas contrarias al medioambiente, con la particularidad de haberlo hecho mediante la incorporación de estos delitos en el código penal. Esto significa que se ha seguido el llamado modelo de protección general, cumpliéndose la función de reforzar la conciencia de la población sobre la antijuricidad penal de los delitos regulados con su incorporación en el código penal²²⁹.

Además, como es un derecho exige a todos los órganos del aparato estatal la obligación ineludible de proteger el medio ambiente. Así podemos ver que el Derecho penal cumple con las normas penales que se destinan a la protección del medioambiente, pero siempre teniendo en cuenta que una declaración normativa, para su correcta aplicación debe ser interpretada conforme al resto de los dispositivos legales, que se comprenden en el ordenamiento, esto es, desde una visión sistemática, tenemos, por ejemplo, la relación con el Derecho administrativo. Además, se debe cumplir con la función teleológica, la cual implica que toda esfera jurídica se orienta a la tutela de bienes jurídicos, correspondiendo dicha función por antonomasia al Derecho penal (Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos), según su objetivo material y, que se declara expresamente en el artículo IV de Título preliminar del CP²³⁰. Pero hay que también señalar que se ha llegado a permitir ciertas conductas que, aunque son

²²⁸ Cfr. CARO CORIA, *Derecho penal económico, parte especial, tomo II*, Jurista Editores, Lima, 2016, p. 355.

²²⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, cit. p. 834.

²³⁰ Cfr. CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, p. 46.

percibidas como arriesgadas o de cuidado, crean beneficios y favorecen diversos ámbitos de la vida social y que, por lo tanto, hay un límite para lo que se puede considerar exigido en el Derecho penal como lo veremos en el siguiente apartado en lo referente a la conducta antijurídica que da lugar a que se configure el delito contra el medioambiente.

2. Sobre la configuración y calificación de la conducta delictiva

2.1. Marco teórico: Delitos de elusión. Con la precisión realizada sobre el bien jurídico-penal protegido, en este apartado nos interesa introducir una figura que hasta ahora no se ha mencionado en nuestra investigación, pero que va a darle un nuevo horizonte o una nueva alternativa sobre la cual se puede interpretar la conducta antijurídica en los delitos contra el medioambiente. Por eso, desarrollaremos aquí la propuesta de los denominados «delitos de elusión».

Vamos a comenzar estableciendo los puntos teóricos que caracterizan a este tipo de delitos y esto implica saber sobre el modelo que los contiene, el cual es el llamado «modelo de anticipación» –propuesto por el autor Vílchez Chinchayán– el cual lleva tal nombre porque considera que para mantener el statu quo de las condiciones básicas de una sociedad, la actuación penal se adelanta a la producción del resultado socialmente desvalorado o dicho de otra manera se «anticipa» la puesta en marcha del aparato punitivo estatal para prevenir conductas identificadas, desde un primer momento, como potencialmente dañosas, esto es, peligrosas. De manera que, con la sanción de estas conductas, se pretende atajar la producción de un resultado que coincide, generalmente, con una manifestación en el mundo material²³¹.

Así este modelo es aplicable a casos en los que el protagonista es el peligro como son los delitos de puesta en peligro, pero también es aplicable a la existencia de supuestos que no se construyen alrededor de la figura del peligro o no es esta su esencia. Con ello presentamos una especial clasificación de un nuevo conjunto de casos que pertenecen al de anticipación, porque son de aquellos delitos donde se adelanta la reacción penal y existe la pretensión de evitar la afectación de un interés socialmente valorado. Ahora, si bien es cierto, no tienen como máxima referencia al peligro, esto no significa que los convierte en una forma de configuración inferior ni indirecta, como entiende cierto sector de la doctrina para figuras que «se alejan del peligro», sino que son un caso particular que analizaremos para saber si son viables para su aplicación en las conductas que atentan contra el medioambiente. Bien, para ello vamos a ubicarnos en que hemos contemplado supuestos en los que se sancionan aquellas

²³¹ Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, p. 222.

conductas calificadas como peligrosas y, por eso, prohibidas. Lo cual coincide con la función encomendada al Derecho penal. Sin embargo, conforme ha avanzado la sociedad, se ha ido comprobando la necesidad y utilidad de determinadas actividades peligrosas cambiando también la reacción penal frente a estas²³².

Esta evolución de nuestra legislación penal, para algunos autores como Mendoza Buergo, pueden tener dos consecuencias, la primera es que se procede a una cierta despenalización, especialmente en los supuestos de faltas e infracciones bagatelares, mientras la segunda camina hacia una clara ampliación de la intervención penal y esta última tiene lugar en todo lo que puede calificarse de «nuevos ámbitos» como actualmente viene siendo el derecho (penal) ambiental. En este terreno, la contraposición entre un Derecho penal mínimo o reducido a lo verdaderamente fundamental y un sistema intervencionista, tendente a la inflación penal, emerge como un dilema cuya salida sólo puede encontrarse clarificando las pautas que ha de seguir el legislador para decidir la extensión de la tutela penal a determinada forma de conducta²³³.

De ahí, que se haya «habilitado un espacio» para ciertas conductas arriesgadas originadas en esferas de organización de terceros para el normal funcionamiento del sistema social, todo esto, pese a que no son inocuas. Prueba de lo anterior es que se advierte la existencia de diversas reglamentaciones o *lex artis*, que van marcando las pautas de cómo se debe emprender y llevar a cabo una determinada actividad o el uso de instrumentos para evitar cualquier resultado no deseado. Si no se observan esas reglamentaciones y se traspasa la línea de lo permitido, corresponderá, según sea el caso, la entrada del Derecho administrativo sancionador o el Derecho penal²³⁴.

Dicho sea de paso, la intervención del Derecho penal para la protección del medioambiente es un buen tema para realizar algunas precisiones que significan estar frente a lo que ocupa el Derecho administrativo como el requerimiento de las autorizaciones o el incumplimiento de las normas administrativas que fijan el contenido y el alcance de las actividades como, por ejemplo, las de explotación generadoras de residuos peligrosos, así como las pautas legales que deben seguirse para su tratamiento, transporte y eliminación²³⁵, lo

²³² *Ibíd.*, p. 231.

²³³ MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 353-354.

²³⁴ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, pp. 231- 232.

²³⁵ ABOSO, *El Derecho penal ambiental. Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 194.

cual no quiere decir que la intervención penal se dé con base en una desobediencia administrativa o meros incumplimientos administrativos como veremos más adelante.

En ese sentido, sea porque no se cuenta con una autorización administrativa para llevar a cabo una actividad o sea porque se encuentran dentro del margen de lo adecuado socialmente, esas conductas no van a ser ilícitas ni, en principio, intolerables y junto a estos factores se encuentra también la superación de límites, esto quiere decir que la figura del riesgo permitido estará presente pues nos encontramos frente a conductas que despliegan riesgos que aceptamos y a los que nos exponemos de manera constante y voluntaria, aun cuando un buen número de ellas suponen la eventual producción de un daño. Las permitimos, sin embargo, hasta cierto punto, a partir del cual son penalmente relevantes²³⁶.

Entonces, de lo que acabamos de decir podemos advertir, por una parte, que se asume que cierto margen de peligro no solo es inevitable, sino necesario para el desarrollo. Y, por otra parte, que existe (alguna) confianza en que no se producirá ningún perjuicio. Aquí impera en cierta medida el *acostumbramiento al peligro*. Por esa razón, el centro de atención no recae sobre el peligro. Mas bien entran en juego, otros factores como ya lo hemos mencionado en el párrafo anterior, el no contar con los permisos o autorizaciones que deberían o, contando con ellos, no seguir con lo que se ha especificado. Lo que importa, al menos penalmente, cabe resaltar, no es el mero incumplimiento²³⁷.

Pues más allá de la polémica sobre la accesoriedad frente al Derecho administrativo, que excede lo que en este trabajo se pretende abordar, lo que resulta cuestionable es que el injusto del delito conforme a este modelo pretenda agotarse en la infracción a normas administrativas, muchas veces de rango reglamentario. Igualmente plantea problemas desde este punto de vista, la cuestión ligada a la de la necesaria autonomía del Derecho penal para establecer sus propios límites del riesgo penalmente relevante, especialmente en lo que se refiere al contenido mínimo de riesgo necesario para constituir el injusto estrictamente penal desde una perspectiva material, que atienda a las finalidades de protección del propio Derecho penal. Pero esto no debe perder de vista que la existencia de una conducta infractora de normas administrativas, por mucho que éstas pretendan constituir una concepción de las condiciones de seguridad de disfrute de bienes, no debe considerarse suficiente, por sí sola, y sin una valoración de la misma desde instancias estrictamente penales, para fundamentar un

²³⁶ Vid. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, p.233.

²³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 234.

injusto penalmente relevante en atención a su posible lesividad para un bien jurídico protegido penalmente²³⁸.

Ahora bien, conviene señalar que los mencionados controles, esto es, las autorizaciones, los permisos y las licencias, no tienen como finalidad impedir a toda costa las actuaciones arriesgadas. Tienen como metas, entre otras avalar su calificación como lícitas, y reducir las posibilidades del daño exigiendo a quienes realicen las actividades en cuestión ciertos conocimientos, habilidades o incluso una posición especial. Así pues, existen unas reglas de juego claramente determinadas que indican lo que se debe cumplir si se quiere realizar una conducta arriesgada. En términos generales, existe un retroceso de la intervención penal en la medida en que haya control o, por lo menos, una actuación dentro de los estándares determinados, por ejemplo, con base en razones no solo de peligrosidad, sino también de naturaleza económica o política. No son controles que se puedan obviar o, en el contexto de especial cuidado, cumplir en contadas ocasiones, sino que el que desee realizar alguna actividad arriesgada debe necesariamente superarlos. De esta forma se asegura que dentro del sistema se incorporen solo aquellos supuestos de riesgo permitido, y aún más, supuestos que en principio puedan aportar algún beneficio colectivo. Las conductas, que denominamos de elusión, que no cumplan alguna de las características²³⁹ anteriores deben ser sancionadas penalmente. Normalmente en el contexto en el que tienen lugar las conductas de elusión se pondrán en juego intereses socialmente relevantes que se identificarían con los bienes jurídicos personalísimos, pero no se excluye considerar también los bienes jurídicos colectivos como los que podemos encontrar en relación con el medioambiente. En consecuencia, las medidas de control establecidas dentro de un sistema jurídico constituyen un marco dentro del que es posible, por ejemplo, que otros puedan predecir el comportamiento en ese contexto de competencia.

Quien no lo hace, pone en marcha los mecanismos de actuación penal, pero no –como ya hemos dicho– por el mero incumplimiento de lo dispuesto por la Administración o la creación del peligro. Lo principal, o mejor, lo penalmente relevante es la irregularidad que produce aprovecharse de una situación permitida y autorizada por la Administración²⁴⁰. Decimos que se aprovecha porque el sujeto activo elude los controles que se han establecido precisamente

²³⁸ MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Editorial Comares, Granada, 2001, cit. p. 60.

²³⁹ Es decir: unas conductas arriesgadas que tienen que seguir unos controles determinados porque generan un beneficio en la sociedad, si estas no se hacen como se ha estipulado entonces serán sancionadas con esta nueva clase de delitos.

²⁴⁰ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, pp. 235-236.

para que la conducta pueda mantenerse dentro de unos márgenes socialmente aceptados, con independencia de que esto pueda producir o no una lesión de esa que es atendible por los sentidos.

En ese mismo orden ideas, tenemos que informar previamente que si el sujeto consigue una autorización para llevar a cabo una actividad arriesgada –entiéndase, que se trata de una conducta peligrosa que pueda lesionar un interés socialmente relevante–, no se le exige que vaya comprobando si es o no legal, con lo que su conducta –pese a un defecto en la autorización– podría ser conforme a Derecho. La protección brindada por el Derecho penal a través de los tipos de elusión tiene como base reprimir aquellas conductas que, aprovechándose de que la sociedad ha valorado positivamente algunos comportamientos arriesgados, crean una situación de anormalidad y esta se construye sobre la conducta del agente que burla o esquiva los controles para desarrollar una actividad como arriesgada. Por lo tanto, no hay que confundir la conducta elusiva con un incumplimiento formal en el que se pase a proteger las facultades de supervisión de la Administración para el mantenimiento de la competencia de las autoridades. La conducta arriesgada, entonces, es típica hasta el momento en que alguien *abusa* (actuación del agente se realiza sin estar autorizado) o *sortea los controles* (el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o contraviniendo las leyes) alterando el normal funcionamiento de ese contexto de riesgo. Constituyendo un elemento especial que se le puede exigir en la conformación del tipo como un elemento subjetivo del injusto, la ventaja de saltarse las reglas de lo permitido²⁴¹.

En este contexto, existen una serie de reglas a tener en cuenta para practicar la actividad en cuestión dentro de los márgenes socialmente permitidos y se pueden deducir cuatro supuestos en que un sujeto puede desempeñar su conducta con el tema de la autorización: a) sin autorización administrativa e incumpliendo las exigencias previstas, supuesto más común dentro del modelo de anticipación sin peligro, el cual supone sancionar penalmente aquella conducta del agente que escapa de las formas de control que se han establecido para llevar a cabo actividades arriesgadas; b) sin autorización administrativa y cumpliendo las exigencias previstas; y aquí cuando no se cuente con el permiso administrativo exigible para llevar a cabo la actividad, si el sujeto se mantiene dentro de los límites de permisión de la conducta, ya sea porque así lo dispuso él mismo, o porque era (en lo que cabe) más o menos cuidadoso, simplemente por casualidad puede ser penalmente irrelevante sin dejar de lado la posibilidad de una sanción administrativa; c) con autorización administrativa, pero incumpliendo las

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 237-238.

exigencias previstas, supuesto particularmente llamativo, pero que representa muy bien la esencia de los delitos de elusión. La nota característica es que aquí, a diferencia de lo que sucede en a), el agente se escuda en la autorización, y utiliza la apariencia de conformidad, para llevar a cabo una conducta que requiere unos controles previos precisamente porque lleva consigo cierto margen de actuación arriesgada; y d) con autorización administrativa y cumpliendo las exigencias previstas, nos encontraríamos frente a una conducta atípica.²⁴²

Así, tenemos que los supuestos a) y c), son los que vamos a tener en cuenta para este tipo de delitos de elusión en lo referente a la autorización administrativa. Ahora con respecto a la conducta, esta será de tipo dolosa en lo alusivo al conocimiento de que hace falta pasar por unos controles, poseer determinados conocimientos o habilidades para poder desarrollar una conducta arriesgada, que lo es, porque potencialmente podría afectar in interés socialmente valorado. Asimismo, la pieza clave dentro de lo subjetivo para los delitos de elusión viene referido a la situación de abuso, que quiere decir ese apartamiento por parte del autor del estándar exigido para llevar a cabo su conducta sin generar reacción penal²⁴³.

Bueno, hasta aquí, lo que hemos visto solamente es el marco teórico de los delitos de elusión, pero es momento de ver la posibilidad de transferir esta figura a lo delitos contra el medioambiente y saber si realmente mediante este supuesto, hace que nos dejen mayor clarificado el camino hacia una correcta delimitación de la conducta de estos delitos.

²⁴² Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, pp. 239-240. El autor resalta que la exigencia de la autorización es clave para afirmar que la conducta es lícita y, en este contexto, tolerada. Su ausencia no supone necesariamente que el tipo se vea colmado.

²⁴³ *Ibidem*, cit. p. 241.

2.2. Aplicación del modelo en los delitos contra el medioambiente. Según el marco teórico que hemos presentado respecto de los delitos de elusión básicamente podemos tener ya una idea central la cual recordaremos y es la aparición de un margen de actuación ventajosa y abusiva de aquel que realiza la conducta típica. Ahora en lo que nos concentraremos en este apartado es comenzar a plasmar esta teoría en los delitos contra el medioambiente, pero este no será un análisis exhaustivo de cada delito sino sólo la reflejaremos en los delitos de contaminación desde el punto de vista de la conducta delictiva. Estos delitos, cabe señalar, que se encuentran en el capítulo I del Título XIII, son los procesos contaminantes que constituyen la forma más tradicional de ataque a la estabilidad del ecosistema terrestre, poniendo en riesgo a todos los componentes de seres vivos en la tierra²⁴⁴.

En primer lugar, en los delitos de contaminación, tenemos diferentes tipos de acciones contaminantes: la contaminación del ambiente por descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, está regulada por los artículos 304 y 305 del CP; mientras que la contaminación por el incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos por el artículo 306 del mismo código, y la provocada por el tráfico de residuos peligrosos por el artículo 307. En ese sentido, el Decreto Supremo 019-2009-MINAM²⁴⁵, Reglamento de la ley del SEIA, en su anexo V establece los criterios para establecer si una actividad u obra produce impactos ambientales negativos capaces de afectar la salud pública y la calidad ambiental. Estos criterios pueden servir para determinar la gravedad del hecho imputado, a efectos de establecer si deben ser investigados en el ámbito administrativo o en el penal²⁴⁶.

Aquí, no debemos olvidar que el Derecho administrativo interviene dictando valores-límite o estándares administrativos establecidos en la medida que puedan aportar caracteres para la determinación del acto contaminante²⁴⁷. Por eso dentro de lo que respecta a la determinación del nivel de riesgo para la salud pública y de las personas, se consideran los siguientes factores: 1) La expresión o disposición inadecuada de residuos sólidos industriales y peligrosos, materiales inflamables, tóxicos, corrosivos y radioactivos que vayan a ser usados en las diversas etapas de la acción propuesta, tomando en cuenta su peligrosidad, cantidad y concentración; 2) La generación de efluentes líquidos, emisiones gaseosas y de partículas en lugares próximos a poblaciones o que pongan en riesgo a pobladores; 3) Los ruidos, vibraciones y radiaciones que afecten la salud de las personas; 4) Los residuos domésticos o

²⁴⁴ Cfr. CARO CORIA, *Derecho penal económico, parte especial, tomo II*, Jurista Editores, Lima, 2016, cit. p. 438.

²⁴⁵ Publicado el 25 de septiembre del 2009

²⁴⁶ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, p. 784.

²⁴⁷ Cfr. CARO CORIA, *Derecho penal económico, parte especial, tomo II*, Jurista Editores, Lima, 2016, cit. p. 471.

domiciliarios que por sus características constituyan un peligro sanitario a la población expuesta; 5) Las emisiones fugitivas de gases o partículas generadas en las diferentes etapas de desarrollo de la acción propuesta que pongan en riesgo a la población; 6) El riesgo de proliferación de patógenos y vectores sanitarios como consecuencia de la aplicación del proyecto.

Y respecto de la protección a la calidad ambiental, tanto del aire, del agua, del suelo, como la incidencia que puedan producir el ruido y vibración, residuos sólidos y líquidos, efluentes, emisiones gaseosas, radiaciones de partículas y residuos radiactivos: 1) La generación, reciclaje, recolección, almacenamiento, transporte y disposición de residuos sólidos industriales y peligrosos, materiales inflamables, tóxicos, corrosivos y radioactivos, que vayan a ser usados en las diversas etapas de la acción propuesta, tomando en cuenta su peligrosidad, cantidad, y concentración; 2) La generación de efluentes líquidos, emisiones gaseosas y de partículas, cuyas concentraciones superen las normas de calidad ambiental establecidas en la legislación nacional; 3) Los niveles, frecuencia y duración de ruidos, vibraciones y radiaciones; 4) La producción, generación, reciclaje, recolección, almacenamiento, transporte y disposición de residuos domésticos o domiciliarios que por sus características constituyan un peligro sanitario a la población expuesta; 5) La composición, calidad y cantidad de emisiones fugitivas de gases o partículas generadas en las diferentes etapas de desarrollo de la acción propuesta; 6) El riesgo de proliferación de patógenos y vectores sanitarios como consecuencia de la aplicación del proyecto; 7) La generación o promoción de descargas de residuos sólidos y líquidos cuyas concentraciones sobrepasen las normas de calidad o límites de emisión y vertimiento correspondientes; 8) El riesgo de emisiones provenientes de residuos que contengan fuente radioactiva²⁴⁸.

Como podemos ver, los delitos de contaminación tienen una cantidad considerable de factores (el art. 304), por lo que estos tienen una mayor complejidad del tipo penal la cual reside en la conducta típica. Esto es así, porque en el plano natural se alude a una conducta que engloba diversas formas de causación de modificaciones en el ámbito natural del medioambiente (descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas subterráneas). Pero normativamente a esta conducta se le hace un doble requerimiento. Por un lado, la actividad modificativa deber ser contraria a la normativa de protección del medioambiente o superar los límites máximos administrativamente permitidos. Por otro lado, el resultado producido sobre

²⁴⁸ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, pp. 784-785.

el medioambiente debe significar un perjuicio o peligro de perjuicio al ambiente, sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental²⁴⁹.

De manera que, tenemos, en primer lugar, actividades permitidas con controles que no pueden superar, extralimitarse o burlarse, por eso en principio cumple con una de las características que exigen los propuestos delitos de elusión. Además, debe entenderse que si el perjuicio, alteración o daño al medioambiente, se enmarca dentro de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y los Límites Máximos Permisibles (LMP), estos no tienen la calificación de graves y no serán calificados penalmente. Lo relevante para determinar si el daño es grave radica entonces en la «calificación reglamentaria de la Autoridad Ambiental», tal calificación se hará teniendo en cuenta la normativa ambiental que para cada actividad y sector existe, es decir, no se trata de que hay «un reglamento» que establece los criterios para establecer la calificación, sino que estos se encuentran en distintos cuerpos normativos, por lo que la expresión «calificación reglamentaria» debe tomarse en su acepción lata. Así, por ejemplo, tratándose de la emisión de ruidos, si se imputa una emisión de más de 80 decibelios en zona residencial, la ordenanza 015-86-MML –del Municipio de Lima metropolitana– establece que esa intensidad constituye ruido nocivo, es decir, según reportes médicos, es capaz de provocar algún tipo de daño acústico (potencialidad de daño); en razón de lo cual la autoridad municipal informará al juez que según la «calificación reglamentaria», se trata de un daño grave²⁵⁰.

Ahora bien, si nos ponemos a pensar en el tipo daños a los que pertenecerían los daños al medioambiente, la doctrina los considera que en su mayoría están dentro de los daños intolerables, lo cual quiere decir que hay algunos que se encuentran dentro de lo tolerable pero reparable. Por ejemplo, es conocido que los trabajadores que realizan actividades mineras, especialmente los que laboran bajo socavón o centros de producción minera, sufren enfermedades profesionales de carácter respiratorias, como la neumoconiosis en sus diferentes estados de evolución, ello debido a que los trabajadores mineros en el desarrollo de sus labores respiran aire contaminado, pero la sociedad considera que adoptando medidas de protección laboral y la correspondiente compensación e indemnización, este daño se convierte en tolerable, pues no hay necesidad de pretender erradicar totalmente la conducta dañina porque se encuentra dentro del límite de lo razonable y porque esta actividad minera genera más ventajas

²⁴⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, cit. p. 863.

²⁵⁰ Cfr. ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, pp. 791-792.

que desventajas, pues es conocido que la minería en el Perú es uno de los sectores que mayor aporta al tesoro nacional²⁵¹, es decir que estas conductas son permitidas y toleradas pues generan un beneficio económico para la sociedad, cumpliendo con otra de las características de los delitos de elusión.

Esto quiere decir que debemos tener en cuenta que hay conductas que van a ser arriesgadas para el medioambiente, pero por temas sociales, políticos o económicos, van a tener que tolerarse algunas de esas actividades, pero que estarán siendo constantemente controladas por las autoridades ambientales correspondientes. No obstante, no todo es perfecto por lo que tendrán que lidiar con conductas de personas que van a sacar provecho de alguna manera, burlando ese sistema de control, para poder cometer ilícitos que por supuesto podrán ser evaluados penalmente. Por ello es que se cumple una característica de los delitos de elusión, pues al estar acostumbrados a determinadas actividades toleradas que van a poner en riesgo al medioambiente, habrá personas que intentarán esquivar los límites permitidos de cualquier forma para generarse a sí mismos un beneficio o simplemente por ahorrarse el realizar determinadas acciones que se les obliga a realizar para mantener ese control.

Para determinar, entonces, como podemos calificar tales conductas vamos a seguir el camino de los delitos de elusión y aquí tenemos que el agente se hace con una ventaja injusta, esto quiere decir que evade las reglas de juego que regulan la realización de conductas arriesgadas, como sucede, por ejemplo, al explotar recursos naturales en zonas que estén expresamente prohibidas (áreas naturales protegidas)²⁵².

Los delitos de elusión, en nuestra opinión, calzan en este tipo de delitos contra el medioambiente, pues tienen como particularidad observar una situación de anormalidad. Y para entenderla, hay que señalar que se parte, en algunos casos, de la posibilidad de lesionar, pero esta se tiene asumida, es un resultado común, pues hay que considerar que la responsabilidad es determinada exclusivamente por conductas dolosas o imprudentes, donde la premisa es que el daño ambiental tiene que ser significativo o relevante y dicha cualidad se encuentra en aquellas conductas ilícitas que ponen en riesgo la salud humana mediante la

²⁵¹ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 82.

²⁵² Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 238. A propósito de las áreas naturales protegidas, están son aquellas que protegen la biodiversidad, así tenemos parques nacionales, santuarios nacionales, santuarios históricos, reservas nacionales, reservas paisajísticas, refugios de vida silvestre, reservas comunales, cotos de caza y bosques de protección, en, ANDALUZ WESTREICHER, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016, cit. p. 297.

afectación de algunos componentes del ambiente²⁵³. Lo que viene a ser «extraordinario» en los delitos de elusión, es superar unos límites que suponen no contar con los permisos o autorizaciones necesarias para actuar dentro de un contexto de riesgo, o contando con ellos no cumplir con lo especificado. La protección brindada por el Derecho penal para esta clase de delitos, esto es, los de elusión, tiene como base reprimir aquellas conductas que, aprovechándose de que la sociedad ha valorado positivamente algunos comportamientos arriesgados, se excede (superando límites), abusa, esquiva o burla las reglas de juego establecidas. Si hablamos de dolo, en los delitos de elusión, este comprende el conocimiento de que debe poseer determinadas habilidades o permisos para llevar a cabo la actividad arriesgada. El abuso o la burla de los controles es un elemento subjetivo del injusto necesario que permite establecer un campo de acción claramente diferenciado²⁵⁴.

En ese mismo orden de ideas en los delitos de contaminación, dependerá de cada caso concreto, pues son diversas formas de que pueda causar perjuicio o ejecutar la acción contaminante en relación con diversos elementos del medio natural²⁵⁵, esto implica que pueden existir muchos supuestos a través de los cuales de llegue a burlar esos límites de riesgo permitido. Por ejemplo, en lo referido a los gases tóxicos, sucede que en los laboratorios de análisis químicos o microbiológicos, la DIRESA exige que deben tener equipos de bioseguridad, los cuales sirven para la constante observación de los riesgos biológicos, químicos y radiológicos, por lo que necesitan de campanas extractoras químicas que controlen los vapores que resulten de la utilización de esos químicos altamente riesgosos para el coloreo de muestras, sin embargo muchas de estos laboratorios no cuentan con campanas extractores certificadas sino que ellos mismos las construyen, sin respetar lo que en la normativa se señala, generando que a la larga, esas cantidades de vapores que emanan todos los días de estos laboratorios generen un impacto gravemente negativo al medioambiente y por supuesto a las personas que viven a los alrededores.

Claro que es cierto que estos laboratorios son necesarios para el muestreo de láminas de las que sirven para detectar diversas enfermedades como el cáncer de cuello uterino. Pero se les exige determinados instrumentos para que puedan realizarse de la mejor manera posible, al contrario, se puede observar en este ejemplo, el dolo que tienen estas instituciones, pues conocen que ese tipo de instrumentos o maquinaria no es la apropiada, porque no es la que se

²⁵³ Cfr. ABOSO, *El Derecho penal Ambiental. Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016, cit. p. 254.

²⁵⁴ Vid. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, pp. 271-272.

²⁵⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, cit. p. 865.

exige en la normativa. Entonces se plasma lo fundamental que entraña los delitos de elusión, con ocasión de poner en marcha una conducta arriesgada pero permitida socialmente, se burla o esquivo los controles establecidos precisamente para que esa conducta tenga lugar sin relevancia jurídico-penal.

Por eso, tenemos como primer requerimiento normativo de la conducta típica que la acción contaminante, en cualquiera de sus formas de realización, con o sin autorización haya infringido leyes, reglamentos o límites máximos permisibles. Con esta cláusula de remisión, queda claro que la contaminación solo alcanzará relevancia penal, en la medida que se encuentre cualitativamente prohibida por alguno de los referentes legales antes indicados. Si la acción contaminante concretamente realizada no vulnera la normativa ambiental, entonces razones de estricta legalidad impedirán la posibilidad de una imputación penal²⁵⁶.

La presencia de una autorización y el contemplar un espacio de permisión los convierte en delitos de elusión, y la misma puede ser un elemento a tener en cuenta en el momento de determinar la gravedad de la conducta y la pena²⁵⁷. Por ello resulta necesario el conocimiento general de categorías del derecho extrapenal en torno a la contaminación ambiental para su mejor estudio y tipificación de los delitos verdes, en puridad no puede realizar un examen adecuado de las tipificaciones penales ambientales, si no sometemos el análisis al resto de parcelas jurídicas involucradas en el tema. Ello desde una visión totalizadora del ordenamiento jurídico, anclando en un plano interdisciplinario de la ciencia jurídica²⁵⁸.

Es importante precisar que la remisión hecha a la regulación administrativa ambiental para definir la relevancia penal de la acción contaminante, no debe llevar a la falsa conclusión de que la imposición de la pena debe seguir los mismos criterios que rigen la atribución de responsabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. La imputación penal responde a sus propios criterios normativos, con la única salvedad de que no se puede abarcar aquellas acciones contaminantes que se encuentran permitidas por la regulación administrativa. Por lo tanto, la remisión a la normativa extrapenal no es consecuencia de una accesoriidad funcional del Derecho penal frente al Derecho administrativo sancionador, sino de la necesidad de excluir respuestas jurídicas contradictorias frente a los ciudadanos. Por esta razón, no puede compartirse el parecer que sostiene que, antes del inicio del proceso penal, debe determinarse en un procedimiento administrativo que la conducta investigada ha violado

²⁵⁶ Cfr. *Ibíd.*, pp. 868-869.

²⁵⁷ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 283.

²⁵⁸ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 51.

la normativa ambiental, sino que esa determinación la tiene que hacer el juez penal. La accesoriadad administrativa es de ley, no de acto, por lo que le corresponderá al juez penal establecer en el proceso penal la ilegalidad de la acción contaminante²⁵⁹.

Por otro lado, si hablamos del cumplimiento del principio de legalidad en los delitos de elusión, el examen de adecuación político-criminal si se puede trasladar a este tipo de delitos. Para esto partimos afirmando que el Estado puede autorizar poner en peligro determinados bienes jurídicos. Así que, nos encontramos en un contexto donde se reconoce como válida o permitida una conducta arriesgada pero lícita –hasta superar determinados mínimos– y de ahí la necesidad de remitirse a una norma o reglamento administrativo para concretar el criterio de decisión ya establecido en la ley penal. Esto no significa que la tipificación se convierta en una válvula de escape que facilite la incriminación de cualquier conducta o, lo que es peor, que dé cobertura a la mera desobediencia. Estamos partiendo de supuestos, como hemos dicho, que tienen un margen de riesgo y, aun así, son permitidos. Este es el marco en el que tienen lugar y lo que sirve, al mismo tiempo, para establecer límites en cuanto a la tipificación de las conductas²⁶⁰. Además, es pertinente precisar que la función de la Administración es meramente indicativa, de modo que el injusto ambiental no puede depender íntegramente de las valoraciones que ella realiza al autorizar, tolerar o sancionar una determinada actividad²⁶¹.

Con respecto al principio *neminem laedere*, en los tipos de elusión la exigencia de autorización no solo nos advierte de que hay que tener cuidado en el momento de realizar la actividad, sino que existe un grupo de bienes que interesa proteger, en el caso de los delitos de contaminación, en general, encontramos: el ambiente y sus componentes, la calidad ambiental y salud ambiental. En esta línea, pensamos y concordamos con el autor de esta teoría, en que se interviene no solo porque existe la posibilidad de dañar o causar un menoscabo, sino que se requiere asegurar un normal desarrollo en las actividades y en nuestra posición pensamos que es cierto pues implica que las actividades se realicen de manera adecuada y lo mejor posible, respetando esas normas que limitan la actuación para mantener –en el caso del medioambiente– esa estabilidad natural del medioambiente²⁶². Asimismo, es posible integrar

²⁵⁹ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, cit. p. 869. Nosotros estamos de acuerdo con la posición de este autor, pues actualmente mediante la casación n° 464-2016-Pasco (emitida el 21 de mayo de 2019), en el fundamento decimosexto, la Corte Suprema estableció que el informe sobre la comisión de infracción ambiental, expedido por la autoridad administrativa, ya no constituye un requisito de procedibilidad en el delito de minería ilegal, por lo tanto, solo es un complemento importante en el proceso, pero no necesario para iniciar la acción penal.

²⁶⁰ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, pp. 284-285.

²⁶¹ Cfr. CARO CORIA, *Derecho penal económico, parte especial, tomo II*, Jurista Editores, Lima, 2016, cit. p. 427.

²⁶² En nuestra opinión, las acciones deben ser adecuadas para mantener la estabilidad del medioambiente.

dentro del principio de lesividad el hecho que no se trata solo de anticipar la puesta en peligro que terminaría con la producción de un resultado de lesión, sino también asegurar el normal funcionamiento de un escenario donde, debido a su utilidad, valor y beneficio social, tienen lugar determinadas actividades con cierto riesgo. No obstante, la clave no está en que se pueda o no producir un resultado de lesión –para eso ya están los delitos de puesta en peligro (o delitos de peligro) y los de lesión en última instancia–, sino en el mantenimiento del statu quo concretado en esos márgenes de actuación permitida penalmente²⁶³.

Bien, hasta aquí, sabemos que en los delitos contra el medioambiente ya sea por ejemplo, en el supuesto de necesaria autorización para el desplazamiento de residuos peligrosos, o cuando hallándose autorizado, despache productos nocivos para la salud sin cumplir con las formalidades de ley o ya sea cuando se rebasen los límites de emisión de gases químicos en una empresa industrial, intervendrá el Derecho penal, porque al existir una apariencia de legalidad, se va aprovechar de ese contexto de permisión –riesgo permitido– generándose una ventaja. Esos espacios que la sociedad se ha encargado de regular, porque es posible que se genere algo contingente (peligroso) que puede ser a futuro dañino para la estabilidad del medioambiente, no pueden verse transgredidos o burlados de esa manera sin que no tengan consecuencias jurídicas-penales al respecto las cuales no tienen porque siempre ser penas privativas de libertad como lo veremos en el siguiente apartado.

Aquí, conviene recordar y anotar, que en lo que se refiere a espacios regulados tienen que enmarcarse –para determinar la relevancia penal de la acción contaminante– dentro de lo que se conoce como LMP. Y la LGA lo define como la medida de la concentración 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 (art. 32). Se trata pues, de un instrumento de gestión ambiental que controla la afectación ambiental de actividades industriales específicas, por lo que, según el tipo de actividad, se establecen los límites máximos permisibles. Así, por ejemplo, se han aprobado LMP para efluentes líquidos y emisiones atmosféricas de actividades minero metalúrgicas (R. N.º 192-2007-CONAM), LMP para efluentes líquidos del sector de hidrocarburos (D.S. N.º 037-2008-PCM), LMP para efluentes de tratamientos de aguas residuales domesticas o municipales (D.S. N.º 003-2010-MINAM), LMP para radiaciones no ionizantes en

²⁶³ Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 290-291. A propósito de este principio que como sabemos se refiere a la efectiva lesión de un bien jurídico como criterio de suficiente gravedad para poner en marcha instrumentos penales, el problema se encuentra en que los delitos que venimos estudiando no hay lesión como tal, sino –en alguno de ellos– simple peligrosidad, p. 286.

telecomunicaciones (D.S. N.º 038-2003-MTC), entre otros. También se deberá tener en cuenta los niveles generales que se establecen en los estándares de calidad ambiental (ECA)²⁶⁴.

Para concluir, nosotros consideramos que estos nuevos delitos son aplicables a los delitos contra el medioambiente, pues cuentan con una configuración que permite centrarse en otros elementos más allá del peligro y hemos podido comprobar que cumplen y respetan los principios de legalidad y lesividad, importantes dentro de la política criminal para poder imputar conductas penales en estos, siempre que se trate de superar o extralimitarse en los márgenes permitidos que se han establecido alrededor de una conducta arriesgada,²⁶⁵ obteniendo así la posibilidad de tutelar anticipadamente bienes jurídicos-penales valorados constitucional y positivamente.

3. Sobre las consecuencias jurídicas

Una de los temas que podemos destacar respecto de las infracciones penales ambientales es que se relacionan con el criticado proceso de «elefantismo legislativo», debido a que el ingente flujo de información doctrinaria viene pregonando, lenta pero inexorablemente, la arremetida del pensamiento jurídico-penal contemporáneo y con ello todos los paradigmas que lo caracterizan²⁶⁶. Como hemos podido analizar respecto del bien jurídico protegido y la conducta antijurídica en los delitos contra el medioambiente.

Ahora bien, si en las reflexiones político-criminales de lo que se trata en última instancia es de legitimar la intervención del Derecho penal y en sí en ese proceso se repara en que la intervención del Derecho penal significa prohibición de la libertad general de actuación y, adicionalmente, castigo con pena por el quebrantamiento de prohibiciones²⁶⁷, entonces todo indica que es necesario el establecimiento de una pena que se corresponda con la conducta delictiva. Más aún, en los delitos contra el medioambiente, donde si bien es cierto, la contaminación ambiental es antijurídica, y por lo tanto deben ser sancionados, las consecuencias jurídicas de este tipo de delitos, conllevan penas privativas de libertad, las cuales tienen que ser debidamente justificadas, debido a la estrecha relación de principios que limitan el *ius puniendi* del Estado como el principio de legalidad. Este es el que garantiza la

²⁶⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima 2015, pp. 873-874.

²⁶⁵ Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p.306.

²⁶⁶ Cfr. CARO CORIA, *Derecho penal económico, parte especial, tomo II*, Jurista Editores, Lima, 2016, cit. p. 434.

²⁶⁷ Cfr. ROBLES PLANAS, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, cit. p. 28.

imparcialidad del Estado al exigir que se determine de modo general las características de la conducta prohibida y la reacción que se le aplicará a cada una de ellas. Con esto se les ofrece una importante garantía a los ciudadanos de que, pese a recortarse su libertad, pueden conocer que está prohibido y cuál será la sanción correspondiente²⁶⁸.

Pero no solamente tenemos sanciones penales, porque en la actualidad, gran parte de responsabilidad medioambiental viene regulada desde el campo administrativo, irrogándose la Administración la potestad controladora y sancionadora correspondiente, ante determinadas actividades y conductas contaminantes; dicho en otros términos: los diversos estamentos de la Administración pública, que por ley resultan competentes para avocarse a temas estrictamente ambientales, cuentan a su vez con la potestad de sancionar todas aquellas conductas que contravengan las disposiciones legales sobre la protección y conservación del medioambiente, mediando una reacción jurídico-administrativa legitimada, basada en el *ius imperium* del Estado, en cuanto a una relación administrado-administración, que supone la generación de una serie de obligaciones, cuyo incumplimiento precisamente da lugar al injusto administrativo. Así, el medioambiente como bien jurídico es tutelado por la administración mediante sus órganos correspondientes, competentes para aplicar las sanciones y para conocer las controversias del asunto tanto a su nivel de gobierno nacional, regional y local²⁶⁹.

En ese sentido, el *ius imperium* estatal se manifiesta en toda su amplitud, cuando el Estado hace uso del aparato coactivo que se deriva del sistema de punición, ante toda conducta que suponga una lesión y/o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado. En tal virtud, si el interés jurídico -tanto el ámbito del Derecho administrativo sancionador como el de Derecho penal- es el mismo como, por ejemplo, los diversos “componentes ambientales” así como los recursos naturales, no puede proclamarse la posibilidad de imponer en forma simultánea ambas sanciones, porque se vulnera el principio *non bis in ídem*. Máxime, si de las tipificaciones penales, se desprende una configuración similar a la de los injustos penales ambientales con las infracciones administrativas²⁷⁰. Sin embargo, la opinión dominante entiende que en el caso de sanción tanto penal como administrativa debe prevalecer la sanción penal, en la medida que éste implica normativamente una mayor severidad (el reproche ético-social que lleva consigo toda la responsabilidad penal), y de hecho lo conveniente es una solución general a favor de la sanción penal, no sólo por la simplificación que produce, sino

²⁶⁸ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 281.

²⁶⁹ CABRERA FREYRE, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010, cit. p. 43.

²⁷⁰ *Ibíd*em, cit. p. 46.

por la propia lógica de *última ratio* del Derecho penal que se sustenta en la mayor severidad normativa de este ámbito jurídico, por lo tanto si un mismo hecho constituye un delito y a la vez una infracción administrativa, habrá que imponer solamente la sanción penal por ser la más grave desde el punto de vista normativo²⁷¹.

Ello obliga a abordar la cuestión del ámbito previo a las auténticas cuestiones del Derecho de la pena, esto es, aquello que puede ser objeto de prohibiciones y mandatos. La existencia de las normas, no es exclusivamente jurídico-positiva, sino jurídico-racional. Cuando se trata de recomponer racionalmente el Derecho penal, va de suyo que existe un mundo normativo al que el Derecho penal positivo se refiere. Ese mundo es el de lo jurídicamente prohibido u obligado y de su infracción, solo tras lo cual el Derecho penal puede querer reaccionar frente a pocas, varias o muchas conductas que ingresan en él²⁷².

Si se admite la esencia imperativa de la norma dirigida al ciudadano, será más coherente asignar al Derecho penal, y por tanto a la pena, la función de prevención de delitos. Ello ha de servir de base para la teoría del delito. Un imperativo solo tiene sentido si puede ser recibido por su destinatario. Desde este prisma hay que considerar el dolo y la posibilidad de conocimiento de la norma, en cuanto condicionan la recepción del imperativo por el sujeto, como condiciones de aplicación de la norma. Si la norma es un imperativo dirigido a la voluntad solo podrá infringirse voluntariamente, teniendo en cuenta consecuencias fundamentales como el hecho de que las normas y los principios jurídico-penales presupongan determinadas valoraciones por parte del Derecho penal. La función preventiva de las normas que imponen penas ha de estar limitada por los valores a cuya protección sirven²⁷³.

Hasta ahora el medio penal más avanzado y aceptado en relación a los riesgos es el de la prevención, que no solo alcanza la puesta en peligro sino también la lesión de los bienes jurídicos. En efecto, frente al modelo penal de la acusación de daños o producción de resultados lesivos que ha venido imperando en el Derecho penal hasta los años sesenta del siglo pasado, en la actualidad o desde entonces se ha impuesto el modelo penal de la prevención del riesgo. Por ello, hoy es frecuente afirmar que la función del Derecho penal es evitar la realización de conductas lesivas o peligrosas para los bienes e intereses fundamentales para la convivencia social mediante el recurso a la amenaza e imposición de la

²⁷¹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general, segunda edición*, Jurista editores, Lima, 2012, cit. p. 192.

²⁷² ROBLES PLANAS, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, cit. p. 22-23.

²⁷³ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general, décima edición*, Editorial Bdef, Buenos aires, 2016, cit. p. 77.

pena²⁷⁴, aunque sabemos que también existen delitos que van más allá del delito como son los delitos de elusión los cuales también necesitan tener una pena, pero la pregunta es qué clase de pena merecen.

Ahora bien, como se señaló en el apartado II.2.D, en España, Silva Sánchez ha dado su opinión sobre que no habría ninguna dificultad para admitir un modelo de menor intensidad garantística dentro del Derecho penal, siempre y cuando las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran privativas de libertad. Propugna en ese sentido, una configuración dualista del Derecho penal: la primera se correspondería con el sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, donde deben mantenerse todas las reglas de imputación y principios procesales llamémoslos «clásicos». Y la segunda velocidad constituida por las infracciones en las que se impondrían otra clase de sanciones, donde cabe proceder a flexibilizar las reglas de imputación. Tal construcción tendría frente al Derecho administrativo sancionador la ventaja de una mayor neutralidad política y, al tiempo, la de la satisfacción de la demanda social de una respuesta penal a los nuevos problemas. Frente a esta propuesta, se han alzado muy fundadas críticas. Así, se ha puesto de relieve, que puede implicar una vuelta a un Derecho penal de clases, donde el ladrón debería soportar una pena, mientras que, los delincuentes económicos o contra el medioambiente solo se expondrían a la sanción más suave. En contra de tal perspectiva, Silva Sánchez señala que se trata de distinguir según hechos y consecuencias jurídicas, no según sujetos²⁷⁵.

Nosotros creemos que el autor tiene un buen punto de vista, y aunque no vamos a profundizar demasiado en esta teoría, si podemos formarnos una idea al respecto en los delitos contra el medioambiente, sobre todo en lo que respecta a nuestra propuesta de aplicación de los delitos de elusión a los casos de criminalidad medioambiental. Esto porque, dentro del modelo de la anticipación, los delitos de elusión tendrán menores penas que los de puesta en peligro pues que estos últimos son más graves y esto debido a la cercanía con los delitos de lesión por eso es que normalmente tendrán mayores penas²⁷⁶.

Si tomamos en cuenta la posibilidad de aplicar penas menores, podemos tener como alternativas a) penas limitativas de derechos, las cuales constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos como por ejemplo, restricciones de derechos durante los fines de semana o días feriados, obligando al condenado a la prestación de

²⁷⁴ ESTEVE PARDO, «Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido», en Pérez Alonso (coord.), *Derecho, globalización, riesgo y medioambiente*, Tirant To Blanch, Valencia, 2012, cit. p. 405.

²⁷⁵ Cfr. GÓMEZ TOMILLO Y SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador, parte general*, cuarta edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 57-59.

²⁷⁶ VÍLchez CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, pp. 295-296.

servicios a la comunidad gratuitos, entre los que tenemos entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas orfanatos u otras instituciones similares o en obras públicas. Estas penas están contempladas por lo general para delitos de mediana gravedad. También como ejemplo de restricción de un derecho, tenemos a la libertad de trabajo, que se encuentra dentro de la pena de inhabilitación, caracterizada por la privación al condenado de algunos derechos (personales, profesionales, políticos) o la incapacitación para el ejercicio de diversas funciones o actividades (públicas inclusive), esta pena puede ser principal o accesoria en relación a una pena privativa de libertad. Asimismo, tenemos otra alternativa como es b) la multa, la cual implica la privación de una parte del patrimonio del autor de un delito y esta pena resulta aplicable a supuestos de escasa o mediana gravedad y su determinación de la cuantía sigue en la actualidad el sistema de los días multa²⁷⁷.

Cabe resaltar, que los delitos de elusión pueden concurrir junto con delitos de lesión, en cuyo caso se resolvería como un concurso de delitos ya que no es posible abarcar todo el desvalor de la conducta en un solo tipo. No obstante, un caso distinto sería entender que la pena que resultara de aplicar ambos delitos (los de lesión y los de elusión) sea desproporcionada, en cuyo caso no significa que se resuelva como un concurso de normas, sino que se atienda a la aplicación adecuada de una pena²⁷⁸.

Asimismo, en los delitos de elusión la conducta presenta una esencia distinta –un aliud– a la que estamos normalmente habituados en los delitos de lesión y de puesta en peligro. Pues aquí, entran en consideración dos factores: la posibilidad remota de lesionar más el abuso de esa situación. Es relevante entonces que el agente aproveche o intente eludir, o evadir los controles o límites establecidos. En esta línea no faltarían argumentos a favor de prever la pena cuantitativa y cualitativamente más elevada. Sin embargo, estamos de acuerdo y defendemos que este no puede ser el camino. Con esto, no se está diciendo que hay de quedar sin sanción o que se renuncie a la pena de prisión. Sino que cuando se pueda defender cualitativamente dicha pena, es posible recurrir a penas privativas de derechos e incluso de multa, ya que la valoración de las conductas frente a las que nos encontramos es, en un inicio, positiva: esto es, se le reconoce su utilidad o necesidad. Pero con estas penas que proponemos se es más coherente, porque la conducta del sujeto activo es una muestra de que no ha sabido comportarse «de acuerdo con las reglas de juego establecidas». Para desempeñar esa actividad dentro de un ámbito reglado, el agente necesita de licencias o permisos. Esto supone que

²⁷⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general, segunda edición*, Jurista editores, Lima, 2012, pp. 826-829.

²⁷⁸ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 242.

existe conocimiento sobre la peligrosidad de la conducta y los límites (máximos o mínimos) hasta dónde puede llegar. Al infringirlos, es plenamente responsable por las situaciones de desequilibrio y abuso generadas: se organiza de tal modo que se aprovecha de esta ventaja²⁷⁹.

De esta manera, nosotros pensamos que podemos cumplir de una mejor manera con el principio de Estado de derecho que impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello no solo implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal, sino que esta debe ser adecuada imponiendo penas idóneas. Además, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano. Aquí, el principio de legalidad no es sólo, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera solo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo²⁸⁰.

Así, pues nos adecuamos con la cuestión de la función que corresponde al Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho como el que acoge nuestra Constitución, donde este modelo de Estado impone una función de prevención limitada. Fuera de determinados límites la prevención penal perderá su legitimación, sobre todo si contemplamos el Derecho penal en su sentido subjetivo de facultad punitiva que corresponde al Estado, esto es, como *ius puniendi*²⁸¹.

Para concluir, según nuestro modelo de anticipación, los delitos de elusión tendrían asignadas las penas privativas de libertad y/o multa. Todo eso de acuerdo con la gravedad y configuración de las conductas que se desea castigar. Volvemos a recalcar que para los delitos de elusión no defendemos que deba dejarse de lado u olvidarse la pena de prisión, porque siempre hay que ver las circunstancias del caso en concreto, pero creemos que debe fijarse cuantitativamente por debajo del mínimo establecido para los delitos de lesión y de puesta en peligro. En nuestra opinión, sobrepasar dicho marco penal abstracto constituye una sobrereacción: recordemos que en cualquier caso nos encontramos frente a comportamientos potencialmente lesivos y, aun así, permitidos. Por eso, pensamos que aun cuando se pueda

²⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 296-298.

²⁸⁰ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general, décima edición*, Editorial Bdef, Buenos aires, 2016, cit. pp. 114-115.

²⁸¹ Cfr. *Ibidem*, cit. p. 113.

seguir considerando la pena de prisión, sería más adecuado e idóneo centrar la atención en la aplicación de penas restrictivas de otros derechos. A fin de cuentas, el sujeto activo ha demostrado con su conducta que no está dispuesto a respetar las «reglas del juego» de la vida social. Por ello, sería más apropiado privarlo de licencias o de permisos para realizar una determinada actividad. Todo esto, sin dejar de considerar la eficacia de la pena de multa, que se aplicará si se ha actuado con ocasión de evitarse la obtención del permiso o la autorización administrativa²⁸² y es indudablemente una alternativa que en los últimos tiempos se ha utilizado en muchas oportunidades para reemplazar a la pena privativa de libertad, pues en lugar de suponer un costo económico para la colectividad, le proporciona ingresos con los que cabría atender mejor a las víctimas del delito y a las necesidades de la justicia penal y de las instituciones penitenciarias²⁸³.



²⁸² Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018, cit. p. 307.

²⁸³ MIR PUIG, *Derecho penal, parte general, décima edición*, Editorial Bdef, Buenos aires, 2016, cit. p. 751.

Conclusiones

Primera. El desarrollo de la sociedad industrial y post industrial conllevó a nuevos avances e innovaciones tecnológicas y científicas, resultando un buen número de actividades modificadoras del medioambiente, útiles, pero arriesgadas, que revelaron la necesidad de adaptación del sistema penal con la finalidad, entre otras, de garantizar la protección del medioambiente. Con la degradación del mismo, se observa que en muchas ocasiones afloran las tensiones entre la necesidad de impulsar el desarrollo y la de proteger el entorno en unas condiciones razonablemente adecuadas para el bienestar de los seres humanos, la coronación del medioambiente como bien jurídico conduce a una expansión y reorientación del Derecho público penal y por lo tanto del Estado social.

Segunda. Existen una muy diversa cantidad de propuesta doctrinales para la delimitación del bien jurídico protegido en los delitos contra el medioambiente, ya que este es la base donde el Derecho Penal asienta su legitimidad en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Esto quiere decir, que la inclusión de comportamientos prohibidos penalmente y de relevancia jurídico-penal, asegura la subsistencia del bien jurídico, el medio ambiente es una de las principales áreas de actuación en donde, se ponen de manifiesto las exigencias del perfeccionamiento de nuevas formas de tutela, debido a las particularidades del bien jurídico protegido y de las formas de comisión de los más graves ataques de la naturaleza.

Tercera. Las teorías más significativas entorno al bien jurídico protegido en los delitos contra el medioambiente, son, por un lado, la teoría ecocéntrica, donde el medioambiente se proteger como fin en sí mismo, y, por otro lado, tenemos la teoría antropocéntrica, la cual señala que se protege al medioambiente en cuanto hace posible la vida y desarrollo del hombre, pues el centro de protección. Sin embargo, concluimos que una mejor manera de incorporar ambas teorías era el camino que seguía en antropocentrismo moderado, al cual nosotros nos adscribimos. Asimismo, precisamos si bien la expectativa normativa se sustenta claramente en la importancia social del medioambiente, lo que el Derecho penal hace es mantener la vigencia de la norma. En ese sentido, la limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos se convierte, por un lado, en el punto de confluencia en perspectiva para la interpretación de los tipos penales y, por otro lado, en una limitación del Derecho penal.

Cuarta: Se discuten temas como la protección de bienes jurídicos supraindividuales, los cuales están legitimados en tanto que el ser humano es un ser social, que desarrolla su vida en sociedad. Así también iba de la mano con el daño acumulativo, dado que el daño por

contaminación se produce muchas veces en el tiempo, es posible una cierta prevención, pues la sanción de la conducta implica intervención penal, por los efectos nocivos de la repetición o reiteración del mismo tipo de comportamientos. Ambas, figuras se alejan de la imagen tradicional de la causación efectiva de un resultado, por la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, determinando la formulación de un Derecho penal predominantemente preventivo, que no ha de esperar que se generen resultados materiales de disvalor, para poder intervenir.

Quinta: La clase de conducta imputable en los delitos contra el medioambiente, ha sido clasificada doctrinalmente de diversas maneras: sea como conductas lesivas, de peligro (concreto o abstracto), acumulativas y de mera conducta. Ante los nuevos riesgos que se presentan en la sociedad moderna, el Derecho penal tiene que intervenir a través de nuevos elementos dogmáticos como son los delitos de peligro que representan una forma de anticipación en la imputación y formulación de la política criminal, y se consuman con la realización de la conducta típica peligrosa y los delitos de peligro concreto como delitos de resultado que consuman con la producción del resultado del peligro imputable a la conducta típica peligrosa. En atención al peligro concreto, la lesividad del medioambiente o sus componentes no se expresa como destrucción o eliminación, sino como pérdida o peligro concreto de pérdida de su estabilidad funcional. Esta desestabilización funcional debe ser determinada por el juez penal en virtud del desmedro a la función ecológica que cumple el medioambiente o los componentes específicamente contaminados. El peligro abstracto se trata más de un peligro presunto, la peligrosidad típica surge por la suma del peligro inherente a la conducta del sujeto.

Sexta: La aparición del principio de precaución, propio del Derecho administrativo, requiere se establezcan medidas con la máxima anticipación posible dirigidas a evitar el surgimiento de factores que puedan desencadenar en posibles riesgos o daños futuros de alcance generalizado y carácter irreversible. El principio pretende evitar daños graves al medio ambiente, las personas y demás seres vivos, que suponen una amenaza a lo largo del tiempo, y no de forma inmediata y además de forma potencial, pues no hay seguridad sobre su causación ya que no hay certeza científica. Si bien no existe una norma penal que directamente se apoye en el principio de precaución, si hay normas penales que refieren a otras extrapenales que completan la descripción de la conducta típica y que, ellas sí, se basan en una idea de precaución.

Séptima: Al haberse acentuado la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, se establece que en el primero interesa la perturbación social, por

tanto, su función será proteger la vigencia de la norma defraudada; en el segundo, aquélla no tiene especial relevancia, por ende, su función será mantener el correcto funcionamiento global de un determinado sector de actividad o administrativamente regulado, buscando su orden y eficacia. La respuesta meramente administrativa resulta insuficiente para controlar el problema del deterioro ambiental.

Octava: Encontrar balance entre la generación de bienes para las necesidades humanas y la preservación del entorno en unas condiciones que garantice la supervivencia y el bienestar de los seres humanos nos lleva a la articulación de medidas riesgosas pero permitidas que permitan el logro de un éxito razonable en ambos terrenos. Existirá un margen donde es posible la contaminación y al que no se le asigna sanción penal alguna. Se concluye permitir ciertas conductas que, aunque son percibidas como arriesgadas o de cuidado, crean beneficios y favorecen diversos ámbitos de la vida social.

Novena: En los delitos de elusión, el juicio de desvalor sobre la conducta del sujeto se basa en que este no solo se aprovecha realiza una estrategia para eludir los controles, sino que existe conocimiento de su parte en que hay un margen de actuación por encima del cual no le está permitido actuar, como los LMP y se asegura una ventaja. No se le imputa el mero incumplimiento de una norma administrativa, como el no contar con autorización administrativa otorgadas para las actividades contaminantes sino precisamente esta situación de anormalidad según hemos descrito en estos delitos.

Décima: Las conductas elusivas, son aplicables a los delitos contra el medioambiente que también hallamos casos de tolerabilidad precisamente porque el Estado faculta a los particulares para desarrollar actividades riesgosas, en tanto existen también unos márgenes permitidos en los que se realizan estas acciones porque significan para la sociedad un beneficio, y los cuales deben ser respetados para no producir una acción dañina o potencialmente dañina al medioambiente, pero que si los sujetos conociendo logran burlar esos controles, aprovechándose de las situaciones permitidas o de esa apariencia de legalidad, merecen una sanción penal.

Décimo primera: La sanción penal correspondiente para los delitos de elusión aplicados a las conductas que dañan al medioambiente, tiene que ser proporcional, por lo tanto, si bien no se descarta la aplicación de una pena de prisión preventiva, se propone establecer penas restrictivas de derechos como de licencias o permisos para realizar una determinada actividad e incluso se puede aplicar penas de multa.



Referencias bibliográficas

- ABOSO, EDUARDO, *El Derecho penal ambiental. Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el ambiente en la sociedad de riesgo*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2016.
- ALTAMIRANO, ALEJANDRO, *El Derecho Constitucional a un ambiente sano, Derechos humanos y su vinculación con el Derecho tributario*, Revista Derecho y sociedad-Asociación civil, publicado en 2004. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/16789/17102>.
- ANDALUZ WESTREICHER, CARLOS, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Iustitia S.A.C., Lima 2016.
- BESTANI, ADRIANA, *Principio de Precaución*, Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2012.
- CABRERA FREYRE, ALONSO RAÚL, *Los delitos contra el medio ambiente. Derecho penal-parte especial*, Editorial Rodhas, Lima 2010.
- CARO CORIA, DINO *El Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima, 1999.
- CARO CORIA, DINO, *Derecho penal económico, parte especial, tomo II*, Jurista Editores, Lima, 2016.
- AMES VEGA, ELIANA, *Iniciación al Derecho Ambiental*, publicado en 2014, cit. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13788/14412>.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO "Introducción al delito ecológico", En: Caro Coria, D.C, *El Derecho penal del ambiente-Delitos y técnicas de tipificación*, Gráfica Horizonte S.A, Lima 1999.
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delito de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant to Blanch, Valencia, 1999.
- DE LA PUENTE BRUNKE, LORENZO, *Responsabilidad por el Daño ambiental puro y el Código Civil Peruano*, Revista de Derecho Themis, publicado en 2011, Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9070>.

DE ZSÖGÖN, SILVIA JAQUENOD *Antropología ambiental. Conflictos por recursos naturculturales y vulnerabilidad de poblaciones*, Dykinson, Madrid, 2014.

EGÚSQUIZA MORI, MARIA LUISA, El Derecho administrativo sancionador ambiental: Experiencias en Colombia, España y Perú. Ponencias del I seminario internacional del OEFA, Gómez Apac (Dir.), Revista de Derecho Themis, publicado en marzo 2004, Disponible en: https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=6976

ESTEVE PARDO, JOSÉ «Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido», en Pérez Alonso (coord.), *Derecho, globalización, riesgo y medioambiente*, Tirant To Blanch, Valencia, 2012.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, BERNARDO, *Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”. Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI*, Derecho penal Contemporáneo-Revista Internacional, N°19, 2007.

GARCÍA CAVERO, PERCY, *Derecho penal económico-Parte especial II*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

GARCÍA CAVERO, PERCY, *Derecho penal. Parte general, segunda edición*, Jurista editores, Lima, 2012.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL Y SANZ RUBIALES, IÑIGO, *Derecho administrativo sancionador, parte general*, cuarta edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017.

GONZÁLES LÓPEZ, ANTONIO, *La preocupación por la calidad del medio ambiente. Un modelo cognitivo sobre la conducta ecológica* (Tesis para optar el grado de doctor), Universidad complutense de Madrid.

HASSEMER, WINFRIED, *Perspectivas del Derecho penal del futuro*, Revista penal n°1, 1998.

JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia Centro de Investigaciones de Derecho penal, Traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, 1995.

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

LANEGRA, IVAN, <<Derecho Ambiental-Diálogo y debate sobre Derecho y Política Ambiental e Indígena, blog sobre la Política Ambiental y Sociedad del riesgo>>, publicado el 04 de noviembre del 2006. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoambiental/2006/11/04/politica-ambiental-y-la-sociedad-del-riesgo/>

LEY GENERAL DEL AMBIENTE N° 28611, de fecha 13 de Mayo del 2005

LÓPEZ RUIZ, ASTRID CAROLINA, *Análisis sobre el merecimiento y necesidad de pena en los delitos ambientales a propósito del delito de contaminación ambiental* (Tesis para optar el grado de abogado), Universidad de Piura.

MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Derecho y medio ambiente*, Ceotma/Mopu, Madrid, 1981.

MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO, *Derecho penal ambiental*. Exlibris ediciones S.L, Madrid, 2006.

MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Editorial Comares, Granada, 2001.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal, parte general, décima edición*, Editorial Bdef, Buenos aires, 2016.

ORÉ SOSA, EDUARDO, *Los delitos de contaminación y minería ilegal*, Actualidad penal (Doctrina práctica), n°8, 2015.

PARRA, FERNANDO, *Diccionario de ecología, ecologismo y medio ambiente*, Editorial Alinaza, Madrid, 1994.

PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, *Delitos contra el medio ambiente*, Universidad de Valencia, 1984.

PRATS CANUT, JOSEP MIGUEL, *Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980*, Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, Barcelona, 1983.

ROBLES PLANAS, RICARDO «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.

RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, PPU, Barcelona, 1994.

RUIZ DÍAZ, JOSÉ ANTONIO, *El hombre y el medio ambiente*, Universidad de Salamanca, 2011.

RUIZ BRAVO, HERNÁN Y MAYOR SÁNCHEZ, JORGE LUIS, *La minería ilegal como delito de peligro abstracto en el Perú, análisis a propósito de la actividad de beneficio que desarrolla la minería ilegal aluvial en los cauces de los ríos*, Actualidad Penal y Procesal Penal, N°294, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARIA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.B Editor, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARIA, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2011.

TIEDEMANN, KLAUS, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 2000.

UBILLÚS, ALEJANDRO, *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿Realidad concreta o simbolismo práctico?*, Editorial Grijley, Lima, 2011.

VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, RONALD HENRY, *Aproximación a la intervención penal anticipada, Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra Editores, Lima, 2018.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 03343-2007-PA/TC de fecha 19 de Febrero de 2009.

Sentencia de la Corte Suprema recaída en el Expediente N° 464-2016 de fecha 21 de mayo del 2019

