

## LOS DELITOS AMBIENTALES

**Dr. Alonso R. Peña Cabrera Freyre**

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Docente de la Academia de la Magistratura (AMAG), Fiscal Adjunto Superior en la Primera Fiscalía Suprema Penal, Magíster en Ciencias Penales por la UNMSM, Título en Post-grado en Derecho procesal penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España).

---

51

### **Sumario:**

I. Cuestiones preliminares, conceptos generales. II. La protección jurídico-penal del medio ambiente. III. Bien jurídico protegido, naturaleza difusa. IV. Ley penal en blanco y accesoria del Derecho penal. V. La reforma político-criminal de los delitos ambientales, vía la Ley N°29263. VI. A modo de conclusión. VII. Bibliografía.



## I. CUESTIONES PRELIMINARES, CONCEPTOS GENERALES

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

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

Si es que partimos de una política-social en puridad “preventiva”, anclamos en el empleo de una serie de mecanismos, herramientas e 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 humanas.

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 causación de riesgos para los bienes jurídicos fundamentales. Normas de seguridad, disposiciones de salubridad, etc.; sin embargo, aparecen también otras leyes que van más allá, es decir, establecen determinados estándares, en cuanto a los ruidos, al uso de ciertas sustancias químicas, amén de cautelar el medio ambiente.

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

La Ley General del Ambiente, Ley N°28611, en su artículo 24.1, establece que toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

Sin duda, cuando ingresamos al campo fecundo de la modernidad de la juridicidad podemos sostener con corrección que hemos de postular la gravitancia del Derecho del consumidor y del Derecho del medio ambiente.



La juridicidad ha de encontrar respuestas eficaces al problema de la contaminación ambiental, que tantos perjuicios ocasiona a la humanidad. El Perú, en definitiva, no es ajeno a dicha descripción del ecosistema, pues basta dar una mirada a las urbes y zonas rurales de nuestro país para advertir la inmensa contaminación ambiental que inunda nuestras calles y parques.

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

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

Se deben tomar medidas drásticas, inmediatas en base a políticas de gestión multisectoriales<sup>161</sup> si es que en realidad se quiere hacer algo al respecto, que puedan generar herramientas de control, prevención y sanción ante estos comportamientos socialmente negativos. En tal entendido, no puede esperarse que ocurran los acontecimientos catastróficos para actuar de forma decidida; se deben articular acciones preventivas.

Según el modelo descriptivo del estado de la cuestión, es de vital importancia que los Estados establezcan políticas públicas definidas sobre el asunto ambiental, asumiendo el reto de barajar alternativas, posibilidades y soluciones a las graves amenazas para la salud y supervivencia de sus conciudadanos, sobre todo en países industrializados, donde los riesgos son mayores. Como expresa CALDAS VERA, hoy se habla de una crisis ecológica no tanto por el crecimiento demográfico y el bienestar sino por una actitud irresponsable del hombre frente a la naturaleza; no porque la tierra esté perdiendo sus propiedades desde el punto de vista físico, lo cual implica que el problema ambiental es político, dado que compromete a los poderes públicos<sup>162</sup>.

161. Vide al respecto, REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. “La Contaminación Ambiental como delito en el Código Penal”. En: *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial*. pp. 171-172.

162. CALDAS VERA, J. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. p. 58



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

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

Todas las personas tienen el legítimo derecho de gozar de un ambiente sano, adecuado e idóneo para poder interrelacionarse con los demás así como una aspiración en estricto individualista; de forma que la gestión ambiental ha de ocuparse de esta tarea esencial, estando de por medio los instrumentos y mecanismos jurídicos apropiados para ello, partiendo desde un basamento *ius constitucional*. Esto implica, a la vez, que todos los actores comprometidos, sobre todo las empresas, en el marco de su objeto social, ajusten su accionar a las políticas sociales de gestión ambiental. De lo que estamos hablando es que se pueda garantizar calidad de vida como un concepto que se entrelaza con la idea de los derechos fundamentales individuales y la tarea de procurar un medio ambiente de calidad. La protección del medio ambiente aparece en la Constitución como uno de los elementos integrantes de la calidad de vida pero, eso sí, como un elemento indispensable aunque no único<sup>163</sup>.

El artículo 31.1 de la Ley General del Ambiente, describe que:

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

Por su parte la Ley Fundamental en su artículo 66, dispone que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento; mientras que los artículos 67 y 68 (*in fine*), establecen que el Estado

163. JORDANO FRAGA, J. *La Protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. p. 106.



determina la política nacional del ambiente; promueve el uso sostenible de sus recursos naturales y que está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Doctrinariamente, se suele distinguir entre elementos naturales y recursos naturales. Estos últimos constituyen una especie dentro del género de los elementos naturales, destinado a satisfacer necesidades humanas<sup>164</sup>; mientras que el concepto de uso sostenible de los recursos naturales implica su manejo sostenible mediante actividades de caracterización, evaluación, planificación, aprovechamiento, regeneración, reposición, protección y control conducentes a asegurar la producción sostenible y la conservación de la diversidad biológica, los recursos naturales y el ambiente, anota CAILLAUX ZAZZALI. Por esto es que el instrumento de la Evaluación de Impacto Ambiental se convierte en un mecanismo objeto de proyección y medición de resultados donde todas las partes involucradas deben participar para lograr un consenso<sup>165</sup>.

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

El máximo intérprete de la constitucionalidad normativa, en la sentencia recaída en el Proceso de Inconstitucionalidad N°0048-2004 (“Regalías Mineras”), ha declarado en su Fundamento 17 lo siguiente:

*“El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve<sup>166[6]</sup>.*

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

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

164. HUNDSKOPF EXEBIO, O. “Del Ambiente y los Recursos Naturales”. En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. p. 918.

165. CAILLAUX ZAZZALI, J. . “Política Ambiental”. *La Constitución Comentada*. Tomo I. p. 931.

166-[6] CANOSA USERA, Raúl. (2000). *Constitución y medio ambiente*. Madrid, Dykinson, p. 101.



Por su parte la Ley N°28611, Ley General del Ambiente, recoge en su artículo 11 los denominados “Lineamientos ambientales básicos de las políticas públicas”, considerando los siguientes lineamientos:

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



## II. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

Se requiere de una regulación, de un derecho positivo que se refunda en el Derecho ambiental como parcela destinada a normar las actividades humanas que puedan propiciar riesgos no permitidos al ecosistema; donde se trasladan y/o distribuyen los riesgos de la modernidad y se desplaza a los agentes involucrados para que ellos asuman las responsabilidades que en rigor deben cumplir a cabalidad.

La percepción cognitiva de la sociedad sobre dichos riesgos no adquiere los ribetes que ellos merecen, en la medida que la ausencia de concientización y sensibilización de dichos peligros no son concebidos en su real magnitud. El drama, el pavor social, la zozobra colectiva se produce más bien con los hechos de sangre, con la violencia cotidiana que se pone a la luz por la prensa sensacionalista. Son muy pocos los sectores de la sociedad peruana que se preocupan por estos temas ambientales. Es que mientras la gente no siente en su propia persona los estragos de una conducta antijurídica, no reacciona, ya que se adolece del llamado sentimiento de solidaridad.

La gran generalidad de personas no toman conciencia que el medio ambiente 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 medio ambiente.

La Ley General del Ambiente en su artículo 127.1, señala que *“la educación ambiental se convierte en un proceso educativo integral, que se da en toda la vida del individuo, y que busca generar en éste los conocimientos, las actitudes, los valores y las prácticas, necesarios para desarrollar sus actividades en forma ambientalmente adecuada, con miras a contribuir al desarrollo sostenible del país”*.

Los riesgos, primero, deben ser identificados; luego, deben ser medidos en su real potencial, para poder formular los instrumentos jurídicos idóneos que puedan a corto, mediano y largo plazo augurar un medio ambiente sostenible y equilibrado.

De seguro que el Derecho ambiental adquiere, en primera línea, una gran responsabilidad en los riesgos que amenazan el sistema ecológico pues debe estudiarlos, procesarlos, para luego distribuir las cargas y responsabilidades entre los actores sociales; empero, esta esfera del Derecho positivo puede no resultar lo suficientemente fuerte como para prevenir y controlar debidamente estas amenazas, por lo que desde el mismo Derecho público aparece el Derecho penal como un instrumento necesario del cual debe hacer uso el Estado cuando se exteriorizan aquellas conductas de mayor disvalor para con el bien jurídico protegido. Se erige, entonces, un doble plano de acción, donde las políticas ambientales deben ser conciliadas con la política criminal, amén de garantizar condiciones favorables para la protección ambiental y conservación de los recursos naturales. De ahí, que se deba tipificar nítidamente los injustos penales (comportamientos prohibidos), distinguiéndolos de las desobediencias administrativas y evitando una posible accesoriedad del Derecho penal sobre el Derecho administrativo, lo cual es empresa fácil.

Como dice 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 del Derecho penal, pues sin esas bases la subsistencia no podrá existir más la sociedad humana y, por ende, tampoco el Derecho<sup>167</sup>.

167. SCHÜNEMANN, B. “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente”. En: *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. p. 203.



Debemos llenar de contenido valorativo cada una de las parcelas del orden jurídico cuando del medio ambiente se trata para asumir con propiedad las responsabilidades que se determinan en cada una de ellas.

En la doctrina colombiana, estructurar un derecho penal ambiental se ha planteado como la paradoja encaminada a delimitar una serie de fenómenos políticos y sociales en los que se conjugan intereses de la más variada raíz, dando lugar a una regulación jurídica diseñada como elemento de protección y conservación de los recursos naturales, por una parte, y como elemento generador del progreso, por otra, pues la protección ambiental no puede detener el desarrollo de la sociedad<sup>168</sup>. Una planificación inteligente puede y debe armonizar los recursos renovables y los no renovables que deben ser tratados en forma distinta, pero con prudencia y sabiduría<sup>169</sup>.

Al respecto ESER, en la doctrina germana, escribe que cuantos se ocupan del Derecho ecológico corren el grave peligro de ir a parar entre los frentes de una polémica emocionalmente avivada: de un lado, los defensores radicales del ambiente, a quienes parece faltar el sentido de lo económicamente factible, y los optimistas incondicionales de la Economía, del otro lado, que aparecen aquejados de ceguera respecto de los fundamentos ecológicos de todo sistema<sup>170</sup>. Ni una extrema y radical protección jurídica del medio ambiente es favorable al desarrollo socio-económico de las Naciones así como el evidente desinterés de los agentes económicos en la búsqueda de un ambiente sostenido de calidad resulta propicio para la conservación de un sistema ecológico de cara a futuro.

Lo antes dicho justifica a plenitud la intervención del *ius puniendi* estatal, en el sentido que el Derecho de policía, el Derecho administrativo sancionador, se muestra como insuficiente para poder enfrentar la envergadura del problema que aqueja a nuestra sociedad.

Hemos de rechazar y desdeñar aquellas posiciones dogmáticas de aquel sector de la doctrina que postula la no intervención del Derecho penal, bajo postulados de un Derecho penal liberal que gira a través de otros fundamentos y criterios de imputación jurídico-penal. Resulta inadecuado tratar de encauzar la respuesta punitiva bajo la descripción social y estatal de hace más de dos siglos. En opinión de REÁTEGUI SÁNCHEZ, las infracciones penales ambientales se encuentran neutralizadas por la contradicción con el Derecho penal mínimo y la crisis que padece el Derecho penal<sup>171</sup>.

Sobre lo argumentado, se pronuncia SCHÜNEMANN, criticando la corriente seguida por Hassemer y sus discípulos que objetan la intervención del Derecho penal en el medio ambiente, señalando lo siguiente:

168. CALDAS VERA, J. "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente". En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. p. 57.

169. PEÑA CABRERA, R. *Código Penal Comentado*. p. 325.

170. ESER, A.. "Derecho Ecológico". En: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Traducción de la Cuesta Arzamendi y Sanz Morán. p. 115.

171. REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. Op. cit., p. 173.



*“Antes bien, habría que oponerse enérgicamente a toda sustitución del Derecho penal del medio ambiente por el Derecho administrativo, ya que en el ámbito ecológico, en el que el Derecho penal representa el máximo ético, no se puede prescindir de la fuerza formadora de costumbres, conforme a la antigua denominación, o de su efecto preventivo general de integración, utilizando la terminología actual. Como una forma encauzada y concebida a largo plazo de la legítima defensa de la sociedad contra amenazas elementales, el Derecho penal tiene su lugar más indicado en la defensa de las bases de subsistencia, no sólo de la sociedad actual, sino también de la sociedad futura”<sup>172</sup>.*

En una sociedad moderna ha de colegirse la “modernización” del Derecho penal; esto quiere decir en cristiano, que 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 éstas, 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 las barreras de contención penal así como las figuras de omisión propias.

Se señala en la doctrina especializada como la función más importante de la política criminal moderna, conforme a las necesidades de nuestro tiempo, el otorgar a la protección del medio ambiente el lugar que merece en el orden de los bienes jurídicos: el lugar central<sup>173</sup>.

Debe sentarse las bases de una moderna dogmática penal, aparejada por una persecución efectiva de la justicia penal, mediando la sanción ejemplar de estos agentes delictivos, y no caer en el mismo cajón de sastre, como sucede con la delincuencia económica<sup>174</sup> donde reina la impunidad, al no plasmarse la concreción de la pena en los casos criminales. Como se dice, en la doctrina nacional se comprueba que existe un déficit de aplicación de las normas ambientales, confirmándose su utilización meramente simbólica<sup>175</sup>.

A decir de CARMONA SALGADO, 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 medio ambiente, 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 requiere 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 personas<sup>176</sup>.

172. SCHÜNEMANN, B. Op. cit., p. 222.

173. SCHÜNEMANN, B. Op. cit., p. 204.

174. Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal Económico*. pp. 92-101.

175. REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. Op. cit., p. 173.

176. CARMONA SALGADO, C. *Delitos contra los Recursos Naturales*. p. 51.



### III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, NATURALEZA DIFUSA

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

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

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

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

La sociedad post industrial, apegada al auge significativo de la productividad empresarial, industrial, etc., da lugar a incidencias notables en la vida cotidiana de los mortales<sup>177</sup>. Basta salir a la calle para tropezarse con toda una gama de riesgos, de amenazas latentes para los intereses jurídicos fundamentales; peligros que no se perciben de forma material, según la concepción tradicional de los daños que se exteriorizan en la realidad, sino de forma casi imperceptible pero con efectos poderosamente dañinos, que requieren ser neutralizados, controlados y prevenidos si es que realmente se quiere cautelar el futuro mismo de la humanidad. La contaminación del medio ambiente es una de las amenazas más latentes, de mayor potencialidad perjudicial para la existencia de toda vida que se asienta en la tierra.

El medio ambiente importa la plataforma esencial que coexiste con toda la humanidad, *conditio sine qua non* para la supervivencia de la raza humana, de la flora y de la fauna; un sistema que compromete al mundo actual y a las generaciones futuras; en palabras de SCHÜNEMANN, “la explotación indiscriminada de hoy significa la miseria de mañana”<sup>178</sup>.

177. Vide, al respecto, PEÑA CABRERA, R. Op. cit., p. 322.

178. SCHÜNEMANN, B. Op. cit., p. 206.



Podemos sintetizar al objeto de protección jurídico-penal de la siguiente forma: *“Aquel sistema, soporte fundamental sobre el cual han de desarrollarse adecuadamente todos los seres vivos que habitan sobre la tierra, es decir, un medio ambiente que con propiedad, pueda garantizar el desarrollo sostenible de toda existencia vital así como el de las próximas generaciones, de ahí que se consagre su valor constitucional”*<sup>179</sup>.

La protección del ambiente exige una concepción diacrónica calculada a largo plazo, que también incluya la garantía de condiciones humanas dignas para las próximas generaciones<sup>180</sup>.

Decir que el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalizado es afirmar la consagración al más alto rango de un valor que nuestra sociedad considera digno de protección y promoción, escribe JORDANO FRAGA. Desde un punto de vista práctico, el reconocimiento del bien jurídico significa la existencia de un grupo normativo destinado a garantizar su protección, pero también el carácter de principio informador respecto al resto del ordenamiento jurídico<sup>181</sup>.

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

Constituye un bien jurídico supra-individual, pues su titularidad no recae en una sola persona sino en el colectivo de la sociedad; es por ello, que puede hablarse en este caso de “intereses difusos”; es decir, de lo que se hallan presentes de *“modo informal y propagado a nivel de masa en ciertos sectores de la sociedad”*<sup>182</sup>, cuya esencia toma lugar a partir de su directa relación con los bienes jurídicos individuales, al margen de que estos comportamientos prohibidos puedan ocasionar daños cuantificables a personas determinables.

En estos casos, las repercusiones negativas del deterioro del medio ambiente afectan a la sociedad en su conjunto. Piénsese por ejemplo, en la contaminación atmosférica, en la destrucción de un paisaje, en la desaparición de una especie protegida<sup>183</sup>.

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

180. TIEDEMANN, K. “El Derecho Penal Ambiental Alemán en su contexto Europeo y Mundial”. En: *Derecho Penal y nuevas formas de Criminalidad*. p. 207.

181. JORDANO FRAGA, J. Op. cit., p. 80.

182. BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, A. *Comentarios al Código Penal*. Vol. III. p. 1593.

183. JORDANO FRAGA, J.. Op. cit., p. 80.



A decir de SCHÜNEMANN, tanto el verdadero interés de protección que se encuentra detrás del tipo penal como el bien de protección captado directamente por éste sólo pueden estar constituidos por los bienes ecológicos mismos<sup>184</sup>.

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

La justificación axiológica no entiende que el medio ambiente, como bien jurídico, no cuente con autonomía sustantiva y procesal; todo lo contrario, son las propias particularidades y singularidades de este interés jurídico las que determinan una independencia reguladora, que se manifiesta en una penalización separada de los delitos que atentan contra la vida, el cuerpo y la salud.

La protección necesaria del medio ambiente acaba a menudo en un menoscabo de los intereses de los individuos vivos quienes, por cierto, si son lesionados en su integridad física pueden adoptar por completo una función de representación del medio ambiente maltratado, pero el hecho de que conserven su integridad física no indica necesariamente también la integridad de los bienes jurídicos ecológicos<sup>185</sup>.

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

Según la postura de ESER, el alcance fundamental de la protección puede deducirse de dos factores: en primer lugar, de los objetos protegidos (la cuestión, en suma, de si junto a determinados bienes ambientales individuales se protege también todas las especies ambientales y, por último, aunque no en importancia, el ecosistema en su conjunto); de otra parte, de la intensidad de protección donde puede distinguirse entre el aseguramiento de la existencia de cada bien ambiental, el de su calidad y el de su incolumidad<sup>186</sup>.

---

184. SCHÜNEMANN, B. Op. cit., p. 219.

185. SCHÜNEMANN, B. Op. cit., p. 219.

186. ESER, A. Op. cit., p. 117.



Sobre el primer punto, cabe recalcar la visión definidamente “antropocéntrica” de la protección jurídica del medio ambiente donde los recursos naturales, así como la fauna silvestre y la flora (bosques) son materia de tutela legal en tanto son indispensables para la propia existencia del ser humano. Dicha declaración no obsta a reconocer que dichos recursos naturales, así como el desarrollo especialmente en el campo de la genética para la conservación de ciertas especies animales, puedan provocar una perspectiva distinta.

Se dice, entonces, que aparece también la conservación de la diversidad de especie a la luz de una nueva perspectiva, no sólo como potencial genético para “cultivos de resistencia” en el ámbito de la flora o con fines de lucha biológica antiparasitaria sino también de cara a la investigación en el campo de la tecnología genética, cuyas consecuencias no se nos alcanzan todavía plenamente<sup>187</sup>. A partir de lo anotado, se dice en la doctrina que se asume una óptica ecocéntrica dejando de lado una visión estrictamente antropocéntrica, en la que el objeto amparado por la norma trasciende de la vida y salud humanas para materializarse en los distintos elementos que integran el ambiente natural<sup>188</sup>.

La Ley General del Ambiente, en su artículo 2.3, dispone que debe entenderse, para los efectos de la presente Ley que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas, y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

Con respecto al segundo aspecto, cabe precisar que la intensidad de la protección jurídica del medio ambiente no puede ser percibida desde una visión sólo con respecto a un presente y de los seres vivos, sino de crear las condiciones necesarias y adecuadas para que las próximas generaciones puedan contar con una vida de calidad; no puede admitirse la idea de aprovechar los recursos naturales únicamente pensando en el presente, sin tomar ninguna medida de precaución en interés del hombre del mañana, del futuro.

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

Con ocasión de esta protección de la incolumidad tiene lugar también, de manera mediata, el aseguramiento de una cierta calidad existencial pues si en las regiones naturales protegidas, o través de la protección del agua, se aseguran determinadas condiciones de creación ambientales, también puede con ello facilitarse al mundo

187. ESER, A.. Op. cit., p. 125.

188. Cfr., CARMONA SALGADO, C. Op. cit., p. 53.



animal y vegetal una existencia en “nichos ecológicos”<sup>189</sup>. Así, es de verse cuando el legislador penaliza en el artículo 308, inciso d) la figura delictiva del “Tráfico Ilegal de Recursos Genéticos”, de especies de flora y fauna. El aseguramiento de la diversidad de especies es, además, importante para la conservación del equilibrio funcional<sup>190</sup>.

En resumidas, hemos de postular una protección penal de mayor intensidad, que haya de orientarse no sólo a la conservación y protección de un medio ambiente indispensable para el mantenimiento de la vida humana, sino también para asegurar un nivel óptimo de calidad de vida<sup>191</sup>.

Los delitos ambientales constituyen, por otro lado, auténticos tipos de peligro de la concreta colocación de un estado de riesgo al bien jurídico tutelado; construcciones dogmáticas, cuyo peligro en algunos casos puede ser contemplado desde una visión concreta y en otros desde un plano abstracto, inclusive de lesión (últimos párrafos del artículo 305 del CP). No obstante, es de verse también, que en algunos casos el legislador (Poder Ejecutivo) ha penalizado meras “contravenciones administrativas”, es decir, elevando a la categoría de norma penal, puras desobediencias administrativas, conforme se desprende de los artículos 311 y 312 del CP, en mérito a la sanción de la Ley N° 29263 de octubre del 2008 y del Decreto Legislativo N° 1084 de junio del 2008.

Ahora bien, el bien jurídico en esta titulación del *corpus* punitivo no presenta una homogeneidad absoluta, como sucede en otras parcelas de la criminalidad; como es de verse, cuando hablamos de los delitos ambientales, estos se agrupan en una serie de injustos típicos que vulneran específicos marcos del medio ambiente, con ello el sistema ecológico en sentido estricto así como los recursos naturales; este último a su vez comprende la fauna, la flora silvestre, las especies acuáticas, los recursos genéticos y los bosques, como se revela del contenido de los tipos legales correspondientes<sup>192</sup>.

El medio ambiente está compuesto por un conjunto de elementos que, en la complejidad de sus relaciones, constituyen el marco, el medio y las condiciones de vida del hombre, apunta PEÑA CABRERA. En ese sentido, los problemas del medio ambiente afectan a cuestiones tan diversas como los recursos naturales, los instrumentos de producción, los bienes y servicios, los residuos, la organización territorial de la sociedad<sup>193</sup>.

No se puede hablar, por tanto, de un solo bien jurídico sino de una serie de intereses jurídicos que han sido refundidos en una sola titulación de la codificación punitiva. Así, por ejemplo, la construcción en zonas destinadas a viales o bienes de dominio público constituye una grave infracción urbanística, mas su realización no vulnera, en cambio, el medio ambiente natural<sup>194</sup>.

189. ESER, A. Op. cit., p. 120.

190. ESER, A. Op. cit., p. 127.

191. Así, ESER, A. Op. cit., p. 129.

192. Vide, al respecto, CALDAS VERA, J. Op. cit., p. 62; PEÑA CABRERA, R. Op. cit., p. 322.

193. PEÑA CABRERA, R. Op. cit., p. 322.

194. CARMONA SALGADO, C. Op. cit., p. 52.



## IV. LEY PENAL EN BLANCO Y LA ACCESORIEDAD DEL DERECHO PENAL

A lo escrito, debe agregarse lo concerniente a la frondosa legislación que entra en aplicación en lo que al medio ambiente refiere. La concurrencia de una abundante normatividad en vez de asegurar una protección jurídica eficaz puede generar planos confusos de intercesión normativa, en este caso entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, con una posible merma al principio del *non bis in idem*<sup>195196</sup>; existe por tanto, ámbitos específicos de responsabilidad penal y de responsabilidad administrativa.

El artículo 135 de la LGA, dispone que:

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



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

Se destaca que estas normas encajan en la clasificación de tipos penales en blanco, cuya legitimidad en el derecho penal ha dado lugar a numerosas críticas en la doctrina que ha entendido por tales a aquellos cuyo supuesto de hecho se halla consignado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal<sup>197</sup>.

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

195. Así, BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, A. Op. cit., p. 1594.

196. Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I, pp. 90-111; REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. Op. cit., pp. 184-185.

197. Velásquez Velásquez, F. *Derecho penal*. p. 345.

Así es de verse también, que el cumplimiento de “tipicidad penal de la conducta” supone previamente la constatación de una típica desobediencia administrativa cuando el legislador hace alusión en la construcción normativa a la “*contravención a leyes, reglamentos o a límites máximos permisibles*”. Ante estas hipótesis, el primer elemento en orden a determinar la relevancia jurídico-penal del comportamiento, importa la verificación de la infracción normativa (reglamentaria), para luego verificar la idoneidad de la acción u omisión para colocar en un verdadero estado de riesgo al bien jurídico tutelado. Es decir, la contravención administrativa ha de configurar la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado, mas con ello no podemos tener aún el injusto penal al tener que agregarse la valoración del efectivo peligro para el interés jurídico, como sucede en algunos casos de los injustos imprudentes<sup>198</sup>.

Se habla, por tanto, de un doble nivel de disvalor. Con ello se quiere poner de relieve que la categoría del injusto penal ambiental no puede determinarse con la sola puesta en escena del Derecho administrativo sancionador y, al revés, con una sola mirada del Derecho penal. Así, en la doctrina nacional, cuando se apunta que la accesoriedad debe ser en función estrictamente a normas del Derecho administrativo y no a actos<sup>199</sup>.

La vinculación del Derecho penal con el Derecho administrativo (ambiental), se advierte en la especie de subordinación a que se somete la punición a un acto típico de la Administración<sup>200</sup>. Al respecto, el artículo 304 del Código Penal señala a la letra lo siguiente: “*El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles (...)*”; mientras que el artículo recoge el siguiente término: “*El que, sin autorización (...)*”; por tales motivos, primer elemento a saber, en orden a determinar la tipicidad penal del comportamiento, es definir si el agente infringió la ley o el reglamento o, en su defecto, si ejecutó la conducta disvaliosa sin contar con la autorización de la autoridad competente.

En este caso el precepto penal completa su contenido a través de normas del derecho administrativo, y es su violación lo que constituye materia de prohibición penal<sup>201 202</sup>.

La constelación de casos que advierten una fuerte accesoriedad del Derecho penal con respecto al Derecho administrativo, ha de verse en el artículo 311 del Código Penal, que recoge la figura delictiva de “utilización indebida de tierras agrícolas”, donde la configuración del injusto se encuentra subordinada totalmente a la contravención de

198. Vide, al respecto, PRATS CANUT y MARQUÉS I BANQUÉ. *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*. Tomo II. p. 1171.

199. REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. Op. cit., p. 188.

200. Así, TIEDEMANN, K. “Relación entre Derecho Penal y autorización jurídico-administrativa”. En: *Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental*. Traducción de José Luis de la Cuesta. p. 160.

201. CALDAS VERA, J. Op. cit., pp. 68-69.

202. A decir, de REÁTEGUI SÁNCHEZ, la accesoriedad se destaca, como modelo técnico-legislativo porque, aunque exista un verdadero peligro o lesión efectiva a los objetos ambientales, resultará irrelevante penalmente sino se infringen las normas jurídicas de protección del ambiente. REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. Op. cit., p. 181.



la legalidad extrapenal que se contempla en la propia norma penal. En palabras de TIEDEMANN, la forma más fuerte de dependencia se presenta cuando la norma penal de conducta por sí sola prescribe la observancia de determinadas decisiones de la autoridad administrativa y, con ello, de manera exclusiva, el injusto administrativo formal es objeto del tipo delictivo<sup>203</sup>.

Al margen de la flagrante “Administrativización del Derecho penal” que se manifiesta en algunas de estas figuras delictivas, en el caso específico del término “sin autorización”, nos preguntamos con razón: ¿qué sucede cuando el agente establece un vertedero o botadero de residuos sólidos que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos, contando con la autorización de la Administración?<sup>204 205</sup> ¿Es que acaso, no puede desconocerse que en una Administración donde campea la corrupción, el soborno y el cohecho, pueden obtenerse licencias, concesiones y/o autorizaciones de forma ilegal, donde la resolución autoritativa no ha cumplido en rigor con el proceso de evaluación que se requiere para aprobar la solicitud? Nos encontramos ante un tropiezo que, en principio, podría generar lagunas de impunidad, pues conductas peligrosas para el bien jurídico tutelado quedarían sustraídas de una efectiva sanción punitiva, lo cual sería político criminalmente insatisfactorio. Dicho así: una autorización administrativa formalmente válida no puede exonerar de responsabilidad penal al autor cuando es materialmente inválida.



Por otro lado, se pone en discusión la imposición del legislador de subordinar la intervención del Derecho penal en materia ambiental, a decisiones puras de la Administración, lo cual habría de restarle autonomía e independencia. De cuño, habrá que indicarse que si bien el *ius puniendi* estatal debe actuar generalmente de forma autónoma, no es menos cierto que en materias tan versátiles y dinámicas como el medio ambiente, resulta casi imposible pretender independizar la reacción penal del Estado, mas eso tampoco ha de conllevar posiciones que conduzcan al otro extremo; la de someter por completo la actuación del Derecho penal. Abogamos por una resolución intermedia que tenga como premisa la tarea fundamental del Derecho penal en un Estado Social y Democrática de Derecho: “*la protección preventiva de bienes jurídicos*”<sup>206</sup>.

En opinión de SCHÜNEMANN, en el Derecho penal del medio ambiente naturalmente se aplica el principio de la accesoriedad respecto del Derecho administrativo en la medida en que se entienda por Derecho administrativo a las leyes que regulan el aprovechamiento del medio ambiente. En tanto que la aplicación de una pena debe tener como presupuesto, por mandato constitucional, una amenaza penal previa en

203. TIEDEMANN, K. Op. cit., p. 218.

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

205. La exigencia de un permiso o certificado válido, hemos de advertir en el caso de los delitos contenidos en los artículos 308 y 308 del CP (Delitos contra los Recursos Naturales).

206. Vide, de forma amplia, REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. Op. cit., pp. 181-185.

la ley escrita, no puede amenazarse con sancionar ni de hecho sancionar aquello que el legislador ha calificado como permitido y, con ello, como no lesivo socialmente<sup>207</sup>. De hecho, el principio de “unidad del ordenamiento jurídico” ha de irradiar todo el ámbito de punición, en el sentido de que una conducta que es permitida por el Derecho administrativo no pueda ser amenazada con una pena. No obstante, dicha afirmación no puede dejar de reconocer que el legislador, a fin de privilegiar ciertos grupos y/o sectores de la economía, sustraiga de la reacción punitiva, hechos en realidad lesivos para un bien jurídico, como aconteció con la dación de los Decretos Legislativos N°1034 y N°1044 de junio del 2008.

La problemática descrita, podría ser resuelta de la siguiente manera: si es que se verifica *a posteriori* que la actual administración cuenta con serios vicios de irregularidad, al adolecer de ciertos elementos intrínsecos de validez, se puede postular la declaratoria de su nulidad, cuyos efectos se retrotraen al momento de la emisión del acto administrativo, por lo que quedaría incólume el principio de legalidad (*lex praevia*). En estos casos, el agravio al “interés público” es más que evidente, al ponerse en riesgo un bien jurídico de gravitancia colectiva.

El artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N°27444<sup>208</sup>, dispone al respecto lo siguiente:

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley General del Ambiente, en su artículo 7.1, dispone que las normas ambientales, incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación

207. SCHÜNEMANN, B. Op. cit., pp. 209-210.

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



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

La fórmula propuesta importa una salida idónea para contrarrestar una posible accesoriedad del Derecho penal en el ámbito de la criminalidad ambiental, para evitar que hechos en realidad dañosos ingresen a un mar de impunidad. En palabras de SCHÜNEMANN, si toda autorización administrativa, aunque fuera ilegal, excluyera la posibilidad de penalizar, por ejemplo, la contaminación de aguas, el límite del Derecho penal ya no sería fijado por el legislador, sino por el Poder Ejecutivo<sup>209</sup>.

Con lo expuesto, se ancla a un nivel intermedio de una interrelación funcional y normativa entre el Derecho Administrativo sancionador (Ambiental) y el Derecho penal, sin llegar a soluciones extremas<sup>210</sup> que privilegien una u otra esfera del orden jurídico-público sancionador.

## V. LA REFORMA POLÍTICO CRIMINAL DE LOS DELITOS AMBIENTALES, VÍA LA SANCIÓN DE LA LEY N° 29263

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

De recibo, países en vía de desarrollo como el Perú, necesitan promover las exportaciones, la industria nacional así como el nivel del intercambio comercial, a un nivel significativo como motor del desarrollo y despegue socio-económico de la nación, generándose un terreno fecundo para la suscripción de Tratados de Libre Comercio. Sin embargo, otra cosa es ceder soberanía en temas que sólo le incumben a nuestro país; donde la decisión de penalizar o de despenalizar una determinada conducta debe manifestar una decisión soberana del Parlamento, luego de las discusiones que ello amerite.

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

209. SCHÜNEMANN, B. Op. cit., p. 210.

210. Así, SCHÜNEMANN, B. Op. cit., p. 216.



En resumidas cuentas, la dación de la Ley N°29263 ha implicado la incorporación de nuevas figuras delictivas así como una mayor drasticidad de la escala de pena. Se apela –como es conocido por el legislador- a los fines preventivo-generales de la pena; así, es el caso del artículo 308, incisos a), b), c), d); artículo 310, incisos a), b), c), y artículo 314, inciso b). Una agravación sustancial de la reacción punitiva debe verse en el tipo penal contenido en el artículo 310 del Código Penal (Delitos contra los bosques o formaciones boscosas).

Así también, se han incorporado mecanismos estrictamente procesales, conforme se desprende de los artículos 314, incisos c) y d), conforme a una técnica legislativa en puridad asistemática.

Si el legislador es de la postura que el Derecho penal es la herramienta más eficaz para combatir los comportamientos sociales más disvaliosos, se equivoca pues la intimidación y/o disuasión que pretende calar en la psique de los individuos, para que éstos se abstengan de cometer estas conductas, devela un índice devaluado de rendimiento, como es de observarse en las últimas reformas penales, que en algunos casos supuso la sanción de pena de cadena perpetua<sup>211</sup>, pero los robos, secuestros y violaciones se siguen cometiendo a gran escala en nuestro país. Tampoco se puede decir que el Derecho penal no despliegue ninguna función en este ámbito de la criminalidad; claro que la tiene, pero dicha misión será en realidad débil, si es que no se aparejan a su vez políticas sociales (medios formales de control social), dirigidos a reducir ostensiblemente la tala de madera.



## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La política criminal del Tercer Milenio tiene 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 éstos, el medio ambiente ocupa un lugar trascendental en mérito a su relevancia *ius constitucional*.

La sociedad post industrial describe un avance vertiginoso de la ciencia y la tecnología; a su vez, la proliferación de una serie de actividades industriales, comerciales, extractivas (mineras), que si bien generan efectos positivos en el sistema socio-económico, mediando la producción de riqueza y empleo, no es menos cierto que desencadenan ciertas amenazas para la conservación y protección del medio ambiente. La crisis del Estado de Bienestar, provocó la aparición de grupos defensores de los derechos humanos, a la par de agrupaciones ecologistas cuya finalidad es la concientización de la población de los riesgos que cubren los componentes ecológicos.

211. Vide, al respecto, REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. Op. cit., pp. 171-173.

Vemos que la degradación de los suelos, la contaminación del medio ambiente, los incendios forestales, la extinción de las especies silvestres así como la tala indiscriminada de madera en nuestro país, es obra del hombre; es decir, es el mismo ser humano quien está creando condiciones negativas para su propia subsistencia, no sólo del presente sino -sobre todo- del futuro. La escasez de los recursos naturales va creando un ambiente poco favorable para el normal desarrollo de los individuos, con ello hablamos de un medio ambiente de calidad. En el fondo, anota BORJA JIMÉNEZ, está latiendo una 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<sup>212</sup>.

Referirse al medio ambiente no sólo incumbe el asunto de la contaminación ambiental, que si bien es uno de los problemas más álgidos, no es el único; a ello debemos sumar el ruido sonoro, los residuos sólidos, la extinción de las especies de la fauna y/o flora silvestre, la tala indiscriminada de madera así como las alteraciones de las áreas verdes. A ello, debo agregar el crecimiento urbanístico desordenado, que no ha de verse desde un plano estrictamente ornamental sino desde las repercusiones que desencadena en las áreas verdes, en el aire y en la conservación del suelo.

Hoy en día, la preocupación se cierne sobre el crecimiento desmedido de las ciudades, en cuanto a la cantidad inconmensurable de edificios, centros comerciales y viviendas que se construyen en nuestras urbes, tapando la propia atmósfera, esto es, el aire que debemos respirar; despojando a los vecindarios de la naturaleza que debe rodear sus estructuras. En tal entendido, se decidió por una política criminal que, a raíz de la dación de la Ley N°29263, supuso la incorporación de tipos penales que, de forma particular y específica, penalizan las conductas que atentan contra dichos intereses jurídicos, conforme se desprende de los artículos 312 y 313 del CP.

La reforma político-criminal-ambiental no sólo ha conllevado la tipificación de figuras delictivas novedosas, pues se ha querido incidir también en un reforzamiento del correcto funcionamiento de la Administración Pública, en el sentido de acudir a los efectos preventivo-generales de la amenaza penal ante aquellas actuaciones que involucran a los funcionarios y/o servidores públicos en la labor de fiscalizar, controlar y supervisar el comportamiento de los particulares, en cuanto a la adecuada explotación de los recursos naturales, a través de la concesión de licencias y/o autorizaciones administrativas, al punto de haber penalizado la figura de una “Responsabilidad Funcional Ambiental”, tal como se devela del artículo 314 del Código Penal.

Finalmente, queremos terminar estas líneas, destacando que la tarea del Derecho penal en materia ambiental no podrá ser en realidad eficaz si es que dicho instrumento no se ve aparejado con otros instrumentos de control social, que con propiedad puedan prevenir cualquier clase de conducta que signifique un peligro para los componentes ambientales. Cuando se ponga gravemente en riesgo el equilibrio de los

---

212. BORJA JIMÉNEZ, E. *Curso de Política Criminal*. p. 226.



sistemas naturales entrará 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 sacrificado<sup>213</sup>. Una protección que no ha de ser simbólica, sino la aplicación concreta de un mandato y/o prohibición normativa ante evidentes conductas que hayan colocado en situación de lesión a cualesquiera de los componentes ambientales. Si se pretende configurar modelos valiosos de comportamiento, se necesita que la amenaza penal constituya una respuesta jurídica que pueda exteriorizarse en casos concretos, máxime al contar con una frondosa legislación administrativa que, por su vinculación con los preceptos penales, puede constituirse en una puerta abierta hacia la impunidad.

Por lo demás, debe decirse que la protección jurídico-penal ya no parte desde una visión en puridad antropocéntrica, sino mas bien etnocéntrica, donde el riesgo para los bienes jurídicos fundamentales del hombre, mejor dicho su lesión según los términos normativos de nuestra *lege lata*, no es una modalidad típica sino una circunstancia agravada, de acuerdo al contenido del artículo 305 del Código Penal.



---

213. BORJA JIMÉNEZ, E. Op. cit., p. 228.