



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Material Auto Instructivo
CURSO “DELITOS AMBIENTALES”

Elaborado por el
Dr. Daniel Osarim Huamán Castellares

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Zoraida Avalos Rivera
Vice- Presidenta del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde - Consejero

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

Tratamiento Didáctico del material – Lic. Martín Navarro Gonzales

El presente material del Curso “Delitos Ambientales”, ha sido elaborado por el Dr. Daniel Osarim Huamán Castellares para la Academia de la Magistratura, en mayo de 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

NOMBRE DEL CURSO “DELITOS AMBIENTALES”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Programa de Actualización y Perfeccionamiento
Horas Lectivas	:	74 horas
Número de Créditos Académicos	:	3
Especialista que elaboró el material	:	Dr. Daniel Osarim Huamán Castellares

II. PRESENTACIÓN

La moderna ciencia del Derecho penal, en los términos que actualmente la conocemos, tiene un desarrollo dogmático de que data de un poco más de 200 años. Si bien es la parte general donde se puede apreciar mejor la evolución del pensamiento científico en esta materia, el avance del Derecho penal también puede ser igualmente apreciado en la parte especial, tal como es el caso de los denominados delitos ambientales.

A partir de 1950, como producto de una súbita “conciencia ecológica” derivada de la mayor visibilidad de los efectos de la acción humana en el medio ambiente, se inició un proceso acelerado de emisión de normas jurídicas -tanto constitucionales, como administrativas-, cuyo objeto era la tutela del medio ambiente. Sin embargo, debido a la importancia de este objeto de protección, así como las graves repercusiones de una acción en su contra, el legislador recurrió al Derecho penal para sancionar las más graves afectaciones al medio ambiente.

Nuestro país no fue ajeno a dicha tendencia. Es así que, a partir del año 1991, nuestro Código penal incorporó tipos penales destinados a la protección del medio ambiente. Desde ese momento, hasta la actualidad, es mucho lo que se ha hecho en esta materia. Nuestro Código penal ha pasado de sancionar “delitos contra la ecología” a “delitos contra el medio ambiente”, lo cual –como se verá en el curso- no es una mera disquisición teórica. Si bien nuestro sistema jurídico penal ambiental, aún hoy, tiene muchas falencias graves, como el considerar delito ambiental al Art. 311 del Código penal (utilización indebida de tierras agrícolas) u otros tipos similares. También es justo reconocer que es mucho lo que se ha avanzado desde ese momento hasta ahora, lo cual

puede graficarse en nuestra pionera creación de tipos penales como el delito de minería ilegal.

En este contexto, el presente curso pretende introducir al dicente al conocimiento de las principales instituciones sustantivas y procesales que conforman el sistema jurídico de protección penal ambiental. Para ello, hemos estructurado el material de trabajo en 5 grandes unidades. En la primera unidad ahondaremos en los fundamentos del Derecho ambiental. Dada la alta complejidad de la técnica jurídica empleada en la tipificación de los delitos ambientales, no es posible su interpretación sin conocer la parte más importante de la normativa administrativa que la sustenta. Gráficamente, si se pretende interpretar el tipo penal de contaminación ambiental, no puede desligarse la interpretación de este delito del concepto de límite máximo permisible (LMP), o de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA's). De ahí que resulte imprescindible abordar previamente estos conceptos extrapenales, para que –sobre la base de ellos- pueda interpretarse correctamente el tipo penal.

En la segunda unidad se abordan los puntos centrales de la parte general, los cuales tienen un tratamiento especial en el ámbito del Derecho penal ambiental. Por ello, abordaremos temas como el objeto de protección, o las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Estos temas constituyen puntos interpretativos que son vitales para determinar si la conducta puede ser o no subsumida en como un delito ambiental. Sobre la base de los elementos interpretativos de las unidades anteriores, en la tercera y la cuarta unidad, analizaremos de los delitos ambientales en sentido estricto. Para ello, en la tercera unidad abordaremos los dos principales delitos ambientales, que son: la contaminación ambiental y la minería ilegal. Dichos tipos penales son el núcleo duro del Derecho penal ambiental peruano, por lo que su tratamiento requiere una mayor atención. Posteriormente, se analizarán los principales delitos contra los recursos naturales, como son el delito de tráfico de flora y fauna silvestre, los delitos forestales, y el delito contra el ambiente o el paisaje. Existen otros tipos penales que son –a nuestro juicio erradamente- considerados dentro de la sección de delitos ambientales; sin embargo, la estructura de los mismos hace que su ubicación pertenezca a otros ámbitos de protección del Derecho penal. Debido a ello, y por razones temporales, se ha preferido obviar su análisis para profundizar en aquellos tipos penales ambientales, en sentido estricto, o que sin serlo son muy recurrentes en la práctica (delitos contra los recursos naturales).

Finalmente, luego del análisis sustantivo de las unidades precedentes, abordaremos las principales particularidades del proceso penal ambiental. Específicamente, enfocaremos nuestra atención en el informe técnico fundamentado, que es uno de los elementos centrales de la imputación ambiental; y, las medidas coercitivas que pueden aplicarse en un proceso penal ambiental.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Para el presente curso se ha formulado la siguiente competencia:

- Conoce los fundamentos teóricos del sistema jurídico penal ambiental peruano.

Capacidades Terminales:

- Conoce e identifica las principales instituciones jurídicas que conforman el sistema jurídico ambiental peruano, así como su regulación más relevante.
- Conoce la problemática en torno al objeto de protección o bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente.
- Identifica los problemas jurídicos y retos de la interrelación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, en materia ambiental.
- Conoce y comprende la configuración normativa del delito de contaminación ambiental, tanto del tipo base, como de sus agravantes.
- Analiza críticamente la configuración normativa del delito de minería ilegal, sus agravantes y los delitos conexos a la misma.
- Conoce e identifica los elementos normativos de estos delitos.
- Conoce y analiza en caso exista, la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema en la materia.
- Conocer los principales problemas jurídicos interpretativos en estos delitos.
- Comprende y reconoce qué es un informe técnico fundamentado, qué contiene el mismo, quién es la autoridad encargada de emitirlo, y cuáles son los informes técnicos según los delitos ambientales.
- Conoce las medidas coercitivas que pueden emitirse en el marco de un proceso ambiental, tanto nominadas como innominadas.

III. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: CONCEPTOS CENTRALES DEL DERECHO AMBIENTAL.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Introducción al Derecho ambiental. A. Preliminares. B. Etapas. C. Tendencias actuales y enfoque. 2. Principios centrales del Derecho ambiental. A. Principio de prevención. B. Principio de precaución. C. Principio Contaminador – Pagador o de internalización de costos. 3. Instrumentos de gestión de la calidad ambiental. A. La función de la gestión de la calidad ambiental. B. Los límites máximos permisibles. C. Los estándares de calidad ambiental. 4. Breve esbozo de la legislación ambiental forestal. A. Sistema nacional forestal. B. Actos administrativos para el retiro de la cobertura forestal.	<ul style="list-style-type: none"> • Conoce e identifica las etapas y tendencias del derecho ambiental. • Conoce e identifica los principios centrales del derecho ambiental. • Conoce e identifica los instrumentos de gestión de la calidad ambiental. • Conoce un breve esbozo de la legislación ambiental. • Identifica los actos administrativos para el retiro de la cobertura forestal. • Identifica las áreas naturales protegidas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconoce la importancia de los conceptos centrales del derecho ambiental.

<p>5. Áreas naturales protegidas.</p> <p>A. ¿Qué es un área natural protegida?</p> <p>B. Áreas naturales protegidas de uso indirecto.</p> <p>C. Áreas naturales protegidas de uso indirecto.</p> <p>D. Zonas reservadas y zonas de amortiguamiento.</p>		
<p>Caso Sugerido:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Caso práctico. 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <p>1) REAL FERRER, Gonzalo, "La construcción del Derecho ambiental". En: http://web.pnuma.org/gobernanza/cd/Biblioteca/Derecho%20ambiental/04%20Construcci%F3n%20del%20DA.pdf, fecha de consulta: 20 de marzo de 2014.</p>		
<p>Lecturas Complementarias:</p> <p>1) CAPELLA VARGAS, José Luis y otros, Manual de instrumentos legales para la conservación privada en el Perú, 3a ed., Sociedad peruana de Derecho Ambiental, Lima, 2007.</p> <p>2) LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, Derecho ambiental contemporáneo – crisis y desafío, San Marcos, Lima, 2011.</p> <p>3) PULGAR-VIDAL OTÁROLA, Manuel, CALLE VALLADARES, Isabel (Eds.), Manual de Legislación ambiental, 3a ed., SPDA, Lima, 2010.</p>		

UNIDAD II: PUNTOS CENTRALES DE LA PARTE GENERAL DE RELEVANCIA PARA LOS DELITOS AMBIENTALES.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<p>1. El Objeto de protección del derecho penal ambiental.</p> <p>A. Concepciones basadas en un enfoque antropocéntrico.</p> <p>B. Concepciones antropocéntricas.</p> <p>2. Las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.</p> <p>A. Problemática.</p> <p>B. Diferenciación cualitativa.</p> <p>C. Diferenciación cuantitativa.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Conoce el objeto de protección del derecho penal ambiental. • Identifica las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconoce la relevancia de los puntos centrales y generales para los delitos ambientales.

Lecturas Obligatorias:

1) SESSANO GOÉNAGA, Juan Carlos, “La protección penal del ambiente. Peculiaridades de su protección penal”. En: Criminnet. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 04, 2002, disponible en: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf

Lecturas Complementarias:

1) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”, en http://www.indret.com/pdf/551_es.pdf, última fecha de consulta: 26 de diciembre de 2013.

2) GARCÍA CAVERO, Percy, “El principio de non bis in idem a la luz de una distinción cualitativa entre delito de infracción administrativa”. En: El

penalista de dos mundos. Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo, Idemsa, Lima 2012.

3) HUAMÁN CASTELLARES, DANIEL O. El sistema jurídico penal. Fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal, Editores del Centro, Lima, 2016.

UNIDAD III: DELITOS DE CONTAMINACIÓN.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<p>1. El delito de contaminación ambiental.</p> <p>A. Preliminares.</p> <p>B. El contenido esencial y ámbito de aplicación de los delitos de contaminación ambiental.</p> <p>C. Estructura típica del delito de contaminación ambiental.</p> <p>1. El medio ambiente como objeto de protección.</p> <p>2. El delito contra el medio ambiente como un delito de peligro concreto.</p> <p>3. La superación del riesgo permitido.</p> <p>4. La causación o potencialidad de causación de una afectación al equilibrio del</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Conoce e identifica el delito de contaminación ambiental. • Conoce, identifica y analiza el delito de minería ilegal. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconoce la importancia del conocimiento, identificación y análisis de los delitos de contaminación.

<p>ecosistema.</p> <p>D. Las circunstancias agravantes en el delito de contaminación ambiental.</p> <p>1. Formas agravadas básicas.</p> <p>2. Formas agravadas que involucran la vida o salud de las personas.</p> <p>2. El delito de minería ilegal.</p> <p>A. Preliminares.</p> <p>B. Objeto de protección.</p> <p>C. Conducta típica.</p> <p>1. El acto minero.</p> <p>2. La autorización administrativa.</p> <p>3. El daño, potencial o efectivo, al medio ambiente.</p> <p>4. Agravantes.</p> <p>D. Agravantes.</p> <p>1. La realización de la actividad en zonas prohibidas para la actividad minera.</p> <p>2. En áreas</p>		
--	--	--

<p>naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas e indígenas.</p> <p>3. Utilizando dragas, artefactos u otros similares.</p> <p>4. Utilización de instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud, u, el patrimonio de las personas.</p> <p>5. Si se afectan sistemas de irrigación u aguas destinadas al consumo humano.</p> <p>6. Aprovechamiento de la condición de funcionario público o servidor público.</p> <p>7. Empleo de menores o inimputables para la comisión de este ilícito.</p> <p>E. Delitos conexos.</p> <p>1. El financiamiento de la minería ilegal.</p> <p>2. La obstaculización de la autoridad administrativa.</p>		
--	--	--

3. El tráfico de insumos y maquinarias para la minería ilegal.		
<p>Caso Sugerido:</p> <ul style="list-style-type: none"> • CASO COCHA ALTA. • Ej. Supr. Cas., N°. 383-2012, Trujillo, S.P.P., ponente: VILLA STEIN. 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <p>1) HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, “El delito de Minería Ilegal”. En: Gaceta Penal & Procesal penal, N° 62, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 165 – 182.</p> <p>2) LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, “El delito de contaminación ambiental. Comentario a la casación N° 383-2012-La libertad”. En: Actualidad penal, N° 4, Instituto Pacífico, Lima, 2014, pp. 42 – 52.</p>		
<p>Lecturas Complementarias:</p> <p>1) CARO CORIA, Carlos, El derecho penal del ambiente – Delitos y técnicas de tipificación -, Gráfica Horizonte, Lima, 1999</p> <p>2) REATEGUI SÁNCHEZ, James, “Los delitos ambientales en el Código penal peruano: manuales de sus elementos esenciales. Especial mención a la reforma legal N° 29623”. En IDEM, Manual de Derecho penal. Parte especial. Instituto Pacífico, Lima, 2015.</p> <p>3) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, Los delitos contra el medio ambiente, Atelier, Barcelona, 2012.</p>		

UNIDAD IV: DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<p>1. La protección jurídica de los recursos naturales.</p> <p>2. El delito de tráfico de flora y fauna</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Conoce e identifica la protección jurídica de los recursos naturales. • Conoce el delito de tráfico de flora y 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconoce la importancia de la legislación acerca de los delitos contra los recursos naturales.

<p>silvestre.</p> <p>A. Disposición legal.</p> <p>B. Tipo objetivo.</p> <p>C. Elemento subjetivo.</p> <p>D. Modalidades Agravadas.</p> <p>3. Delitos contra los bosques y formaciones boscosas.</p> <p>A. Disposición legal.</p> <p>B. Conducta típica.</p> <p>C. Elemento subjetivo.</p> <p>4. El delito de Tráfico ilegal de productos forestales.</p> <p>A. Disposición legal.</p> <p>B. Conducta típica.</p> <p>C. Elemento subjetivo.</p>	<p>fauna silvestre.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Identifica los delitos contra los bosques y formaciones boscosas. • Conoce y analiza el delito de tráfico ilegal de productos forestales. 	
<p>Casos Sugeridos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ej. Supr. Cas., N°. 389-2014, San Martín, S.P.P., Ponente: PARIONA PASTRANA. • Ej. Supr. Cas., N°. 74-2014, Amazonas, S.P.P., Ponente: PARIONA PASTRANA. 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <p>1) LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, “Los delitos forestales”. En: Ius Puniendi, N° 3, (en prensa).</p>		

UNIDAD V: PRINCIPALES PARTICULARIDADES DEL PROCESO PENAL AMBIENTAL.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<p>1. El informe técnico fundamentado.</p> <p>A. Aspectos centrales.</p> <p>1. Naturaleza jurídica.</p> <p>2. Momento procesal donde debe ser emitido.</p> <p>3. El valor probatorio del informe técnico fundamentado.</p> <p>B. Aspectos centrales del Informe Técnico Fundamentado.</p> <p>1. Aspectos mínimos.</p> <p>2. Deber del Juez o Fiscal de valorar el informe.</p> <p>3. Autoridad encargada de emitirlo.</p> <p>2. Las medidas coercitivas.</p> <p>A. Regulación legal</p> <p>B. La suspensión de la actividad contaminante.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Conoce el informe técnico fundamentado. • Reconoce las medidas coercitivas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconoce la importancia de las principales particularidades del proceso penal ambiental.

<p>C. La incautación de especies y de aparatos y medios para la comisión de los ilícitos ambientales.</p> <p>D. Medidas de coercitivas innominadas.</p>		
<p>Caso Sugerido:</p> <ul style="list-style-type: none"> • CASO MINERÍA ILEGAL. 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <p>1) GARCIA CAVERO, Percy, Derecho Penal Económico-Parte Especial, Tomo II, Instituto Pacifico, Lima, 2015, p.1050 – 1058.</p>		
<p>Lecturas Complementarias:</p> <p>1) IPENZA PERALTA, César, Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal, SPDA, Lima, 2012.</p>		

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso “Delitos Ambientales” es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición

todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. La realidad de la minería ilegal en países amazónicos, SPDA, Lima, 2014.
- CARO CORIA, Carlos, El derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación, Gráfica Horizonte, Lima, 1999.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto, Protección penal del ambiente y Accesoriedad administrativa, Tratamiento de comportamientos perjudicados para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita, CEDECS, Barcelona, 1996
- GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho penal parte especial, Tomo II, 3a ed., Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, “El delito de Minería Ilegal”. En: Gaceta Penal & Procesal penal, N° 62, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 165 – 182.

- FRISCH, Wolfgang, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, C.F.Müller, Heidelberg, 1993.
- LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, *El Derecho penal ambiental en el Perú: ¿Realidad concreta o simbolismo práctico?*, Grijley, Lima, 2011.
- PULGAR-VIDAL OTÁROLA, Manuel, CALLE VALLADARES, Isabel (Eds.), *Manual de Legislación ambiental*, 3a ed., SPDA, Lima, 2010.
- REATEGUI SÁNCHEZ, James, “Los delitos ambientales en el Código penal peruano: manuales de sus elementos esenciales. Especial mención a la reforma legal N° 29623”. En IDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2012.

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “Delitos Ambientales” en el marco de actividades del Programa de Actualización y Perfeccionamiento (PAP) que tiene por finalidad actualizar y perfeccionar de manera permanente y descentralizada a los magistrados y auxiliares de justicia del Poder Judicial y del Ministerio Público del ámbito nacional e internacional.

El presente material se encuentra estructurado en cinco unidades con los siguientes ejes temáticos: Conceptos centrales del derecho ambiental, puntos centrales de la parte general, de relevancia para los delitos ambientales, delitos de contaminación, delitos contra los recursos naturales y principales particularidades del proceso penal ambiental.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente Curso el discente esté en mejores condiciones para analizar, sintetizar, inferir, identificar y aplicar la legislación ambiental acorde a una pertinente administración de justicia.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

La moderna ciencia del Derecho penal, en los términos que actualmente la conocemos, tiene un desarrollo dogmático de que data de un poco más de 200 años. Si bien es la parte general donde se puede apreciar mejor la evolución del pensamiento científico en esta materia, el avance del Derecho penal también puede ser igualmente apreciado en la parte especial, tal como es el caso de los denominados delitos ambientales.

A partir de 1950, como producto de una súbita “conciencia ecológica” derivada de la mayor visibilidad de los efectos de la acción humana en el medio ambiente, se inició un proceso acelerado de emisión de normas jurídicas -tanto constitucionales, como administrativas-, cuyo objeto era la tutela del medio ambiente. Sin embargo, debido a la importancia de este objeto de protección, así como las graves repercusiones de una acción en su contra, el legislador recurrió al Derecho penal para sancionar las más graves afectaciones al medio ambiente.

Nuestro país no fue ajeno a dicha tendencia. Es así que, a partir del año 1991, nuestro Código penal incorporó tipos penales destinados a la protección del medio ambiente. Desde ese momento, hasta la actualidad, es mucho lo que se ha hecho en esta materia. Nuestro Código penal ha pasado de sancionar “delitos contra la ecología” a “delitos contra el medio ambiente”, lo cual –como se verá en el curso– no es una mera disquisición teórica. Si bien nuestro sistema jurídico penal ambiental, aún hoy, tiene muchas falencias graves, como el considerar delito ambiental al Art. 311 del Código penal (utilización indebida de tierras agrícolas) u otros tipos similares. También es justo reconocer que es mucho lo que se ha avanzado desde ese momento hasta ahora, lo cual puede graficarse en nuestra pionera creación de tipos penales como el delito de minería ilegal.

En este contexto, el presente curso pretende introducir al dicente al conocimiento de las principales instituciones sustantivas y procesales que conforman el sistema jurídico de protección penal ambiental. Para ello, hemos estructurado el material de trabajo en 5 grandes unidades. En la primera unidad ahondaremos en los fundamentos del Derecho ambiental. Dada la alta complejidad de la técnica jurídica empleada en la tipificación de los delitos ambientales, no es posible su interpretación sin conocer la parte más importante de la normativa administrativa que la sustenta. Gráficamente, si se pretende interpretar el tipo penal de contaminación ambiental, no puede desligarse la interpretación de este delito del concepto de límite máximo permisible (LMP), o de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA’s). De ahí que resulte imprescindible abordar previamente estos conceptos extrapenales, para que –sobre la base de ellos– pueda interpretarse correctamente el tipo penal.

En la segunda unidad se abordan los puntos centrales de la parte general, los cuales tienen un tratamiento especial en el ámbito del Derecho penal ambiental. Por ello, abordaremos temas como el objeto de protección, o las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Estos temas constituyen puntos interpretativos que son vitales para determinar si la conducta puede ser o no subsumida en como un delito ambiental. Sobre la base de los elementos interpretativos de las unidades anteriores, en la tercera y la cuarta unidad, analizaremos de los delitos ambientales en sentido estricto. Para ello, en la tercera unidad abordaremos los dos principales delitos ambientales, que son: la contaminación ambiental y la minería ilegal. Dichos tipos penales son el núcleo duro del Derecho penal ambiental peruano, por lo que su tratamiento requiere una mayor atención. Posteriormente, se analizarán los principales delitos contra los recursos naturales, como son el delito de tráfico de flora y fauna silvestre, los delitos forestales, y el delito contra el ambiente o el paisaje. Existen otros tipos penales que son –a nuestro juicio erradamente- considerados dentro de la sección de delitos ambientales; sin embargo, la estructura de los mismos hace que su ubicación pertenezca a otros ámbitos de protección del Derecho penal. Debido a ello, y por razones temporales, se ha preferido obviar su análisis para profundizar en aquellos tipos penales ambientales, en sentido estricto, o que sin serlo son muy recurrentes en la práctica (delitos contra los recursos naturales).

Finalmente, luego del análisis sustantivo de las unidades precedentes, abordaremos las principales particularidades del proceso penal ambiental. Específicamente, enfocaremos nuestra atención en el informe técnico fundamentado, que es uno de los elementos centrales de la imputación ambiental; y, las medidas coercitivas que pueden aplicarse en un proceso penal ambiental.

Mayo, 2016.

INDICE

Presentación.....	18
Introducción.....	19
UNIDAD I: CONCEPTOS CENTRALES DEL DERECHO AMBIENTAL.....	24
Presentación y Preguntas Guía.....	25
1. Introducción al Derecho ambiental.....	28
A. Preliminares.....	28
B. Etapas.....	29
C. Tendencias actuales y enfoque.....	32
2. Principios centrales del Derecho ambiental.....	34
A. Principio de prevención.....	34
B. Principio de precaución.....	35
C. Principio Contaminador – Pagador o de internalización de costos.....	36
3. Instrumentos de gestión de la calidad ambiental.....	37
A. La función de la gestión de la calidad ambiental.....	37
B. Los límites máximos permisibles.....	39
C. Los estándares de calidad ambiental.....	40
4. Breve esbozo de la legislación ambiental forestal.....	41
A. Sistema nacional forestal.....	41
B. Actos administrativos para el retiro de la cobertura forestal.....	43
5. Áreas naturales protegidas.....	45
A. ¿Qué es un área natural protegida?.....	45
B. Áreas naturales protegidas de uso indirecto.....	47
C. Áreas naturales protegidas de uso indirecto.....	48
D. Zonas reservadas y zonas de amortiguamiento.....	50
Lecturas obligatorias.....	51
Casos.....	52
UNIDAD II: PUNTOS CENTRALES DE LA PARTE GENERAL DE RELEVANCIA PARA LOS DELITOS AMBIENTALES.....	53
Presentación y Preguntas Guía.....	54

1. El Objeto de protección del derecho penal ambiental.....	56
A. Concepciones basadas en un enfoque antropocéntrico.....	56
B. Concepciones antropocéntricas.....	57
2. Las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.....	57
A. Problemática.....	57
B. Diferenciación cualitativa.....	59
C. Diferenciación cuantitativa.....	60
Autoevaluación.....	64
Lecturas obligatorias.....	65
UNIDAD III: DELITOS DE CONTAMINACIÓN.....	
Presentación y Preguntas Guía.....	66
1. El delito de contaminación ambiental.....	67
A. Preliminares.....	68
B. El contenido esencial y ámbito de aplicación de los delitos de contaminación ambiental.....	68
C. Estructura típica del delito de contaminación ambiental.....	70
D. Las circunstancias agravantes en el delito de contaminación ambiental.....	76
2. El delito de minería ilegal.....	82
A. Preliminares.....	82
B. Objeto de protección.....	84
C. Conducta típica.....	86
D. Agravantes.....	90
E. Delitos conexos.....	98
Lecturas obligatorias.....	102
Casos.....	103
UNIDAD IV: DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES.....	104
Presentación y Preguntas Guía.....	105

1. La protección jurídica de los recursos naturales.....	107
2. El delito de tráfico de flora y fauna silvestre.....	110
A. Disposición legal.....	110
B. Tipo objetivo.....	110
C. Elemento subjetivo.....	112
D. Modalidades Agravadas.....	113
3. Delitos contra los bosques y formaciones boscosas.....	114
A. Disposición legal.....	114
B. Conducta típica.....	114
C. Elemento subjetivo.....	117
4. El delito de Tráfico ilegal de productos forestales.....	117
A. Disposición legal.....	117
B. Conducta típica.....	118
C. Elemento subjetivo.....	118
Autoevaluación.....	119
Lecturas obligatorias.....	120
Casos.....	121
UNIDAD V: PRINCIPALES PARTICULARIDADES DEL PROCESO PENAL AMBIENTAL.....	122
Presentación y Preguntas Guía.....	123
1. El informe técnico fundamentado.....	125
A. Aspectos centrales.....	126
B. Aspectos centrales del Informe Técnico Fundamentado.....	131
2. Las medidas coercitivas.....	113
A. Regulación legal.....	113
B. La suspensión de la actividad contaminante.....	134
C. La incautación de especies y de aparatos y medios para la comisión de los ilícitos ambientales.....	135
D. Medidas de coercitivas innominadas.....	137
Lecturas obligatorias.....	139
Casos.....	140

UNIDAD I



CONCEPTOS CENTRALES DEL DERECHO AMBIENTAL

PRESENTACIÓN

El Derecho ambiental es una de las relativamente nuevas ramas del Derecho Administrativo. No obstante, los impactos de las actividades humanas en el medio ambiente, son de muy larga data. Tan sólo para hacernos una idea de aquello en nuestro país, basta observar los pasivos ambientales que dejó la actividad minera realizada en la época colonial; o, la progresiva desaparición de especies forestales maderables y no maderables, así como parte de nuestra fauna. La demora en su aparición es directamente proporcional a la demora en el surgimiento de una preocupación de la humanidad por el impacto de sus actividades en el medio ambiente.

Nuestro sistema jurídico no ha sido ajeno a la ola mundial que propició el desarrollo de normas ambientales. Sea por iniciativa del Legislador, o como parte de las negociaciones de tratados comerciales, nuestro legislador se avocó a la labor de crear normas destinadas a la protección del medio ambiente. Si bien aún estamos bastante lejos de que la ciencia jurídica ambiental alcance su madurez, no puede dejar de reconocerse lo mucho que se ha hecho en esta materia.

En la presente unidad presentaremos sucintamente de los principales puntos de la normativa administrativa nacional en materia ambiental. Naturalmente, esta pequeña introducción no pretende ser exhaustiva -para lo cual sugerimos revisar los textos de la bibliografía básica y sugerida-, sino tan sólo aproximar al lector a aquellas instituciones que tienen conceptos de mayor interés para la práctica del Derecho penal. Ello responde a la necesidad de conocer dichas instituciones, para interpretar las principales normas penales referentes a los delitos ambientales.

Por ello, en primer lugar, damos una mirada panorámica al Derecho Ambiental en sí mismo, para detenernos en las razones de su surgimiento: las etapas que ha tenido esta rama del ordenamiento jurídico; y, las actuales tendencias normativas. Con ello, pretendemos aproximar al lector a la lógica interpretativa interna del Derecho ambiental.

En segundo lugar, analizaremos los principios del Derecho ambiental. Por su relevancia para la interpretación de la normativa penal nacional, hemos escogido a los principios de precaución, prevención y contaminador-pagador. Como veremos, especialmente al analizar la sección de medidas cautelares, estos principios también pueden orientar la labor de los operadores jurídicos en la prevención, persecución y procesamiento de los delitos ambientales

En tercer lugar, se analizará un concepto fundamental de toda la legislación ambiental: la gestión de la calidad ambiental. Gracias a sus instrumentos de gestión es que puede determinarse cuando una conducta forma parte o no del riesgo permitido administrativo y/o penal. De ahí que, cuando la norma penal haga referencia a la normativa pertinente, en el caso de actos de contaminación, es que se referirá a estos instrumentos.

En cuarto lugar, damos los principales alcances de la legislación ambiental en materia forestal, sin la cual no sería posible el análisis de los delitos contra los bosques y formaciones boscosas. Si bien la legislación en esta materia es profusa, nos centraremos específicamente en dos tipos de actos administrativos: la autorización de cambio de uso y el permiso de desbosque.

Finalmente, analizaremos la protección jurídica que se le da a las áreas naturales protegidas, las cuales si bien no tienen una protección penal autónoma -cómo si la tienen en la legislación penal ambiental alemana (§ 329 del Código penal alemán) o española (art. 330 del Código penal español)- si gozan de dicha protección, aunque de forma accesoria, a manera de conductas agravadas de un tipo base (Vgr. Art. 307-B, numeral 2).



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Qué es el Derecho ambiental y por qué surge?
2. ¿Cuáles son los principios fundamentales que influencia el Derecho ambiental?
3. ¿Cuáles son los principales instrumentos para la gestión de la calidad ambiental en nuestra normativa?
4. ¿Cuál es la estructura de la legislación ambiental forestal?
5. ¿Qué son las Áreas Naturales Protegidas y cómo se regula su funcionamiento?

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO AMBIENTAL

A. Preliminares

Con el objetivo de mitigar y prevenir el impacto de nuestras acciones sobre el medio ambiente, es que surge la necesidad de regular las acciones humanas y proteger espacios que otrora carecían de tutela jurídica alguna. Naturalmente, ello no ha estado exento de polémica, pues limitar las acciones humanas sobre el medio ambiente tiene repercusiones directas en las actividades económicas y sociales de nuestra especie. Ello es así, porque la actividad legislativa en materia ambiental no sólo toma en consideración a la protección del medio ambiente, sino también otros factores no ambientales en sentido estricto.

Gráficamente. Establecer un área natural protegida de alta protección en una zona que -además del alto nivel de biodiversidad- tiene grandes reservas de minerales, implica la elevación de la dificultad -o en muchos casos la prohibición- de realizar actividad minera en dicha zona. Crear límites máximos permisibles y un sistema adecuado de fiscalización ambiental, disuade a muchas empresas a superar los mencionados límites, pero también eleva los costos de sus actividades.

El deber de proteger al medio ambiente no sólo proviene de nuestra Constitución Política, sino de Tratados Internacionales a los cuales el Perú se ha adherido y, en algunos supuestos, que ha fomentado. Este deber ha sido concretado en diversas normas que pretenden regular la protección del medio ambiente, las cuales no sólo se avocan al ámbito administrativo, sino que se extienden al Derecho Tributario, Civil, Penal, entre otros. De la mano de la novísima normativa ambiental, hemos visto en los últimos años aparecer una serie de instituciones encargadas del *enforcement* de las normas ambientales nacionales, como es el caso de la OEFA, el Ministerio del Ambiente o del SERFOR.

Es necesario reconocer que este fenómeno normativo no tiene su origen en nuestro país. La tendencia a la normativización de la protección ambiental surgió como parte de un movimiento internacional que se avocó a dicho concretizar en normas la denominada “conciencia ambiental”. Ello no es casual, dado que los problemas del medio ambiente no son problemas que atañan a un país determinado, sino que en muchos casos tienen repercusiones en varios países vecinos o en el mundo en general. Un ejemplo claro de esta tendencia, y de la necesidad de adoptar acciones globales y no estatales o regionales, es el denominado cambio climático a causa del

calentamiento global¹. Como consecuencia de las actividades humanas, la temperatura del planeta se ha elevado y se prevé que lo seguirá haciendo. Los efectos de este aumento de la temperatura son devastadores (pérdida de glaciares, aumento del nivel del mar, afectaciones en cultivos, disminución de las reservas de agua potable, entre otras), sobre todo para aquellos países que presentan especiales estructuras de vulnerabilidad ante dicho fenómeno². Ante la posible presencia de mayores daños, los países de todo el mundo han creado nuevos marcos normativos³, o planeadas medidas conjuntas, para reducir el calentamiento global. Para solucionar este problema, se demostró que no bastaba la acción de un país, sino que era requerida la acción de la comunidad internacional en su totalidad, en el entendido de que los daños serán sufridos por todos nosotros.

Así como el cambio climático, existen otros problemas ambientales que también requieren acciones conjuntas, como es el caso al daño a la capa de ozono, el desperdicio de agua potable, entre otros. Detrás de una norma de protección ambiental, se encuentra una idea: el medio ambiente no es eterno y puede ser dañado, incluso de forma irreversible. Por ello, a efectos de no tener consecuencias lesivas a futuro, debemos adoptar ahora medidas que sean destinadas tanto a la prevención, como a la mitigación de los efectos que nuestras actividades causan en él. Este objetivo es del cual están impregnadas las normas ambientales.

B. Etapas

El Derecho ambiental no ha sido siempre como lo podemos ver en la actualidad, y -si sigue la tendencia que actualmente tiene- tampoco lo será en un futuro. Se toma un consenso en que, en el mundo moderno, el primer momento en cuál surge un acto de protección ambiental fue la creación del Parque Nacional de *Yellowstone* en 1872. Esta acción es el primer hito del moderno Derecho ambiental. El objetivo de la misma es principalmente la protección de la flora que se encontraba al interior de *Yellowstone*. Este primer hito grafica claramente la primera etapa del Derecho ambiental: el conservacionismo.

¹ Sobre este tema puede, un excelente material audiovisual sobre el tema es el documental “Una verdad incómoda”, el cual trata de las consecuencias del calentamiento global, así como sus causas. (<https://vimeo.com/95465911>). Básicamente, como consecuencia de la emisión de determinados gases (especialmente dióxido de carbono -CO₂-), se ha creado una capa alrededor de la tierra que impide que los rayos solares salgan de la tierra, la permanencia de estos rayos es la que genera el aumento de la temperatura en la tierra.

² El Perú, según una información publicada por el Ministerio del Ambiente –basada en información del Tyndall Center de Inglaterra- (<http://www.minam.gob.pe/cambioclimatico/por-que-el-peru-es-el-tercer-pais-mas-vulnerable-al-cambio-climatico>), sería el tercer país más vulnerable a los efectos del cambio climático.

³ Son muchos los instrumentos normativos en esta materia, destacan sobretodo el Protocolo de Kyoto, y, recientemente, el Acuerdo de París de 2015.

La primera etapa del Derecho ambiental se caracteriza por la preservación de ciertos espacios con el objeto de que en el futuro los mismos puedan mantenerse. No se presta atención en los servicios ecosistémicos que pueden prestar los ecosistemas, sino que se entiende estáticamente al medio ambiente. En la actualidad aún existe este enfoque, aunque claro está, se ha abandonado el sistema conservacionista en sentido estricto, para pasar a un enfoque mixto en el cual también se toma en cuenta las necesidades de desarrollo y la posibilidad de utilización de los servicios ecosistémicos y recursos naturales.

La segunda gran etapa del Derecho ambiental es aquella en la que la “conciencia ambiental” de la población comienza a surgir. Gran importancia tiene en esta etapa la publicación del libro *Silent spring* de Rachel CARSON⁴. Este estudio es una de las investigaciones más influyentes de la época sobre los efectos que tenía la acción humana en el medio ambiente. Específicamente, en este libro se abordan los problemas derivados del uso un determinado tipo de pesticidas sobre las aves, y también, sobre el hombre.

La conciencia ambiental llevó a la consolidación de movimientos ecologistas, los cuales lograron que los asuntos ambientales sean considerados parte de la agenda legislativa, y los países tomaran conciencia sobre los efectos negativos de las acciones del ser humano sobre el medio ambiente. Asimismo, a la creación de instituciones destinadas a velar por la protección ambiental, como fue el caso de la Agencia de Protección Ambiental (EPA) de Estados Unidos. Un punto importante de ello fueron los cálculos del crecimiento de la población mundial, los cuales daban cuenta del sobre poblamiento, y -con él- el inminente problema alimenticio derivado.

Esta conciencia ambiental conllevó a una reflexión sobre los problemas ambientales de la época, como la lluvia ácida, cuyos efectos eran visibles en diversas ciudades y hasta ahora lo siguen siendo. La contaminación ambiental que trascendía a un país, a través de ríos fronterizos o el aire. Asimismo, la pérdida de especies animales y de flora.

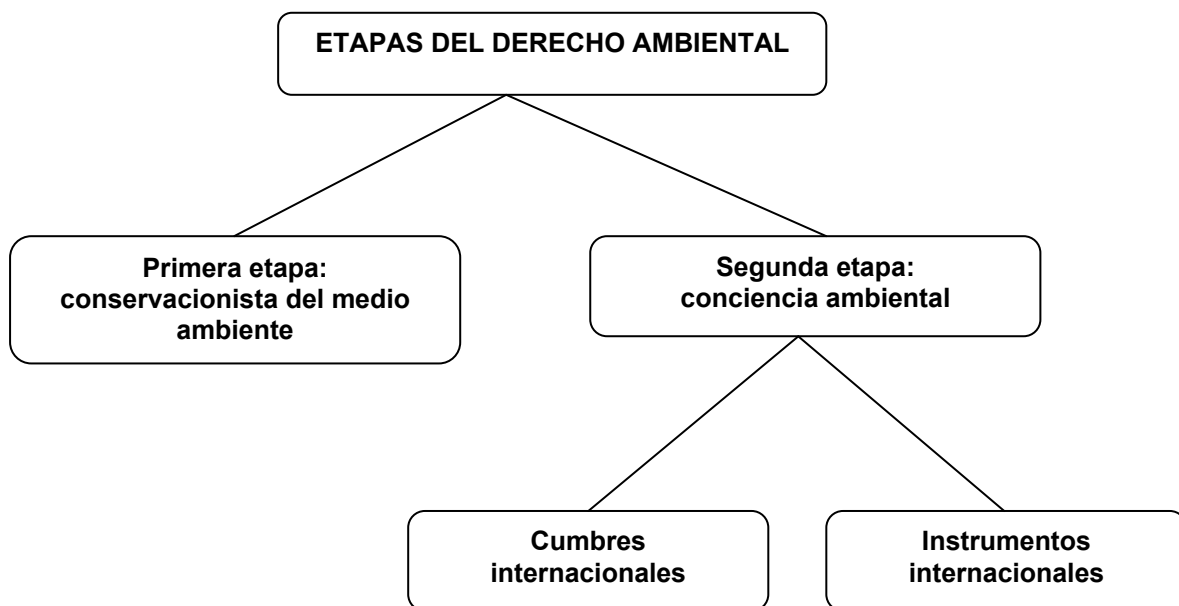
Estos factores conllevaron al surgimiento de las primeras cumbres internacionales en las cuales se abordó el problema ambiental, desde una perspectiva internacional. La primera conferencia internacional fue celebrada en Estocolmo, en 1972, la cual trajo consigo la creación del Programa de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, y la famosa Declaración de Estocolmo. Asimismo, producto de los acuerdos de esta

⁴ CARSON, Rachel, *Silent spring*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1962.

conferencia, se pudo observar una progresiva constitucionalización del Derecho al medio ambiente⁵, por parte de los diversos países participantes.

Posteriormente a dicha cumbre se celebraron una serie de instrumentos internacionales, entre los cuales cabe mencionar: Convención Mundial sobre el Comercio de Especies Amenazadas de Flora y Fauna (CITES), celebrado en Washington (1973); la Convención para la Protección de Aves Migratorias, celebrado en Bonn (1979); el Protocolo sobre Sustancias que agotan la Capa de Ozono, celebrado en Montreal (1987).

El contexto y la preocupación sobre el medio ambiente, era una preocupación del hombre como especie, la cual debía cuidar su entorno, si quería asegurar su existencia futura y la de sus descendientes. Uno de los productos más conocidos de dicho pensamiento fue el famoso Informe BRUNDTLAND. En dicho informe se acuña el concepto que, hasta la fecha, tiene mayor trascendencia en el enfoque ambiental: el desarrollo sostenible. Según este concepto, es permitida la explotación de los recursos naturales; sin embargo, la misma debe realizarse de forma tal que no coloque en riesgo la disponibilidad de los mismos para las generaciones futuras.



⁵ Vid. REAL FERRER, Gonzalo, “La construcción del Derecho ambiental”. En: *Revista Arizandi de Derecho Ambiental*, N° 01, Arizandi, Navarra, 2002, pp. 73 - 94.

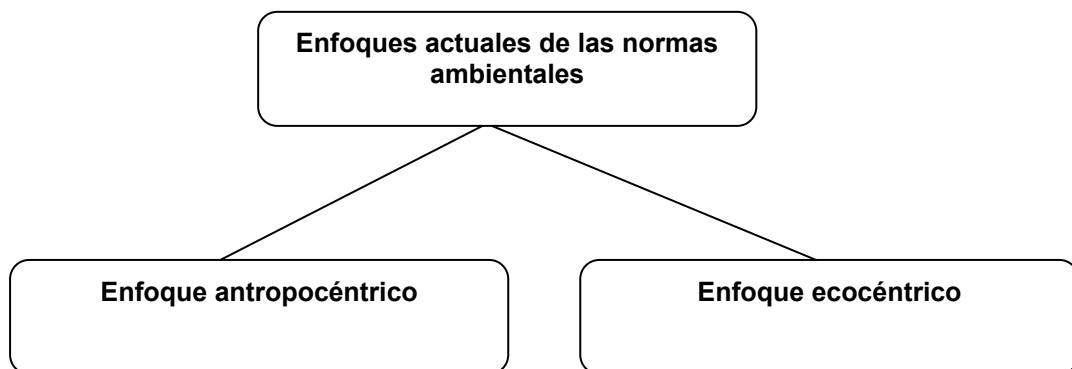
C. Tendencias actuales y enfoque

Actualmente existen dos enfoques que dominan tanto la creación, como la interpretación de las normas ambientales, independientemente del sector jurídico en el cual ellas se encuentren.

El primer enfoque es el denominado, **enfoque antropocéntrico**. Según este enfoque es necesaria la preservación del medio ambiente, e incluso es un deber ineludible, pero sólo por una razón: para asegurar la protección de la raza humana. Este enfoque es el que ha inspirado la creación de mucha de la actual normativa en la materia ambiental.

El enfoque de desarrollo sostenible es una muestra de ello, pues este enfoque procura el aprovechamiento de los recursos naturales y la protección de explotación del mismo, pero con una finalidad de interés exclusivamente humana: asegurar su disponibilidad para las futuras generaciones. De esta manera, la naturaleza sigue siendo un objeto de derecho, el cual sólo tiene utilidad como medio para la existencia humana, sea actual o futura.

El segundo enfoque, opuesto al anterior, es el denominado **enfoque ecocéntrico**. Según este enfoque la protección ambiental no se basa en la protección de un interés humano, sino que con ella se busca proteger a la naturaleza en sí misma. En ese sentido, el ser humano es también un componente de importancia, pero no es el componente principal.



Una atenta revisión de la actual normativa ambiental nos da cuenta de la predominancia del enfoque antropocéntrico, pues la finalidad de las mismas es la protección de un interés humano. No obstante, la tendencia futura de la normativa es al ecocentrismo. Sin embargo, para que este último enfoque tenga predominancia, es necesario un cambio en la visión del medio ambiente, de ser un simple objeto de derecho, a pasar a ser un sujeto de derecho.

Dicho tránsito, en nuestra legislación actual, ya puede observarse, aunque en una materia distinta, nos referimos a la protección del animal. Actualmente, producto de un fenómeno mundial de conciencia sobre los derechos de los animales, nuestra legislación prevé una protección del animal, la cual lo ubica en una categoría superior a la de ser un simple bien. Ejemplo de ello es la progresiva prohibición del maltrato animal. Si partimos de un enfoque antropocéntrico, se protege al animal porque existe un sector humano que tiene un sufrimiento cuando se maltrata al animal, por lo que, al protegerlo, en realidad se protege ese interés humano. No obstante, esta explicación en realidad no da una respuesta satisfactoria al por qué de la protección animal, o, lo que es lo mismo, al objeto de protección del maltrato de animales⁶. Si el animal fuera sólo un bien, entonces sería legítimo que el propietario pudiera hacer lo que deseara sobre él, porque al ser una cosa existe un derecho a tratarlo como él lo desea, sin que un tercero pueda ingerir en dicha decisión. La intervención sobre el derecho de un tercero sobre el animal sólo es posible de ser entendible, y con ello justificable una sanción -sea administrativa o penal como es nuestro caso- en caso de un maltrato contra el animal, cuando se reconoce que el mismo no es una cosa o un bien, sino pasa a tener la categoría de sujeto de derecho. Como tal, es protegido no porque se desee satisfacer un interés humano, sino porque se le considera una entidad con existencia propia e independencia del ser humano, que si bien no tiene la capacidad para interactuar en sociedad (y por ello no podría ser considerado como persona), tiene el derecho a ser respetado por los integrantes de la misma.

Este pequeño ejemplo nos da cuenta de las diferencias de fundamentar una acción desde el punto de vista antropocéntrico y desde el punto de vista ecocéntrico. Asimismo, lo que es más importante, nos deja claro que -una vez se cumplan unos presupuestos que no provienen del Derecho sino tan sólo son positivizados por él-, la tendencia será el fundamentar la protección ambiental sobre la base de intereses no necesariamente humanos, sino de respeto al medio ambiente en tanto sujeto de derecho. En ese sentido se encuentra la actual legislación ecuatoriana⁷, la cual ya consagra a la naturaleza como sujeto de derechos⁸.

⁶ HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O. *El Sistema jurídico penal. Fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal*, Editores del Centro, Lima, 2016, pp. 115 y ss. Con mayor detalle, dando cuenta del debate español sobre el tema: HAVA GARCÍA, Esther, *La tutela penal de los animales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, *passim*.

⁷ *Vid.* MACÍAS GOMEZ, Luis Fernando, “El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la Constitución tradicional”. En: *Iuris Dictio – Revista del Colegio de Jurisprudencia*, N° 14, Universidad Nacional de Quito, Quito, 2012, pp. 151-168.

⁸ Art. 10 de la Constitución Política de Ecuador: “(...) La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la constitución.”

2. PRINCIPIOS CENTRALES DEL DERECHO AMBIENTAL

A. Principio de prevención

El primer principio que forma parte del Derecho ambiental es el principio de prevención. Este principio se encuentra positivizado en el art. VI de la Ley General del Ambiente, siendo su tenor literal el siguiente:

“La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.”

El principio de prevención tiene dos aspectos que es necesario analizar. El primero es el deber de evitar acciones que puedan significar un daño al medio ambiente. Para ello se establecen tres acciones: prevenir, vigilar y evitar.

El segundo aspecto de la prevención presupone que existen casos en los cuales el daño ambiental no es posible de ser evitado, o siéndolo, existe un permiso para causar el mismo. En este supuesto, el impactante tiene la obligación de realizar las acciones en este orden: mitigar, recuperar, restaurar o compensar el daño ambiental.

Tal como podemos observar, la regla general es la prevención o evitación de una actividad contaminante, las restantes acciones son residuales. La última es, intencionalmente, la compensación. Ello tiene como objeto evitar la creación de incentivos perversos. Es usual que tanto la prevención, como la mitigación, tengan costos muy superiores a la compensación por el daño ambiental. Por ello, es que ellas son exigibles en primer lugar, aunque sea más caras, sólo si no es posible ellas o la recuperación u restauración, será posible una compensación ambiental. Es necesario precisar que la compensación ambiental debe significar una compensación en ese sentido estrictamente. Por ejemplo, si tengo que retirar un pantano, para realizar una obra de infraestructura, y dicha obra es aceptada, entonces no se deberá realizar un pago económico a la ciudad o al Estado, sino que se deberá buscar compensar al medio ambiente, para lo cual podría ser posible la construcción de un nuevo humedal.

Este principio jurídico es fundamental para el Juez penal y el Ministerio Público, pues a la hora de determinar la reparación civil, al establecer la misma el énfasis será la compensación al medio ambiente por la acción realizada y no el pago de una cantidad de dinero al erario público.

B. Principio de precaución

El segundo principio relevante para el Derecho penal del Derecho ambiental, es el principio de precaución. El mismo se encuentra regulado en el art. VII de la Ley General del Ambiente, la cual señala:

“Cuando haya indicios razonables de peligro de daño grave o irreversible al ambiente o, a través de este, a la salud, la ausencia de certeza científica no debe utilizarse como razón para no adoptar o postergar la ejecución de medidas eficaces y eficientes destinadas a evitar o reducir dicho peligro. Estas medidas y sus costos son razonables considerando los posibles escenarios que plantee el análisis científico disponible.

Las medidas deben adecuarse a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción.

La autoridad que invoca el principio precautorio es responsable de las consecuencias de su aplicación.”.

Mucho se suele confundir al principio de prevención con el de precaución; sin embargo, sus elementos y su estructura típica son en realidad distintos. El principio precautorio opera cuando existe la posibilidad de que se causará un daño grave o irreversible al medio ambiente o, a través de él, a la salud. Adecuadamente la norma utiliza el criterio de daños graves e irreversibles, estableciendo así un estándar muy alto de los efectos de la acción. Asimismo, dicha posibilidad no es tampoco basada en el libre arbitrio, sino que se debe fundamentar en indicios suficientes, vale decir, datos objetivos que den cuenta de la existencia de este daño.

El peligro de producción puede producirse; sin embargo, existe una característica central: no existe prueba que brinde una certeza científica de que este peligro es real. Si estuviésemos en cualquier otra situación, podríamos considerar que la ausencia de certeza debería significar que la actividad sea permitida. Sin embargo, dada la importancia del objeto de protección (medio ambiente y salud), en este caso, la falta de prueba científica no autoriza a seguir con la acción peligrosa. Por el contrario, la sola existencia de esta acción peligrosa obliga al funcionario a adoptar medidas, eficaces y eficientes, para evitar o reducir dicho peligro.

A efectos de desincentivar un uso indiscriminado del principio precautorio, la norma establece la responsabilidad de la autoridad que ha invocado del

principio precautorio, y de esta manera a impedido la continuación o incluso el surgimiento de la acción peligrosa.

En el ámbito penal, como se verá en el apartado correspondiente, este principio es fundamental, pues es el responsable de que en el ámbito penal ambiental puedan postularse medidas cautelares atípicas.

C. Principio Contaminador – Pagador o de internalización de costos

Finalmente, también es sumamente relevante para el Derecho penal, el principio de contaminador-pagador, el cual se encuentra regulado en el art. 8 de la Ley General del Ambiente, el cual señala que:

“Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente.

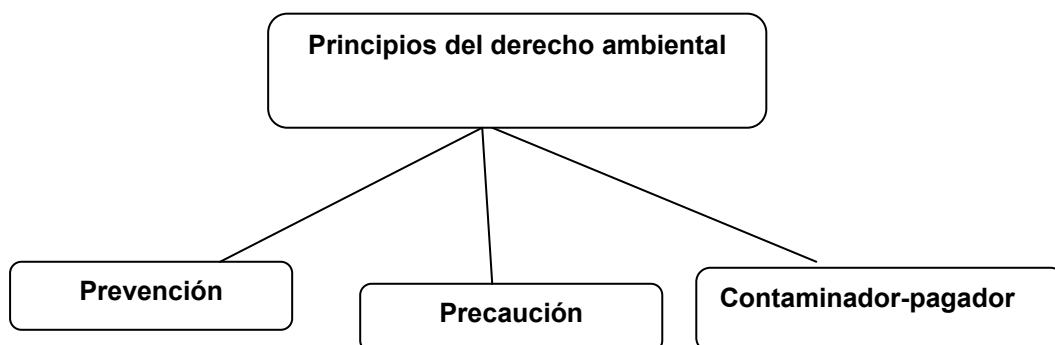
El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.”

El nombre de internalización de costos tiene su origen en la teoría económica. Una acción típica de aquella persona que realiza un acto de contaminación ambiental es procurar que los costos de sus acciones sean pagados por terceros, para así reducir sus costos de producción. Sin embargo, lo que esta norma hace es obligar al contaminador a asumir el costo de las externalidades negativas de su acción.

Un ejemplo nos ayudará a entender mejor esta dinámica. Supongamos que tenemos una fábrica que produce altas emisiones de gases contaminantes. Si la empresa no adopta medidas de protección que evite que estas emisiones sean atenuadas, las mismas afectarán a las personas que respiran el aire contaminado de la fábrica. Los efectos serán la afectación de la salud de esas personas, las cuales se ven afectados por el accionar de la fábrica. Es gracias a este principio que la fábrica se encuentra obligada a, en primer lugar, evitar emitir gases por encima del límite máximo permisible, para lo cual debe tomar todas las medidas de prevención para ello. Asimismo, en caso de que estas hayan escapado, quien ha de pagar por los daños causados a las personas y al medio ambiente, no serán los afectados ni el Estado, sino la empresa causante de las emisiones contaminantes.

Es importante resaltar que la norma hace una adecuada generalización del ámbito subjetivo: todo causante -sin importar su condición- está obligado a pagar por el acto impactante. Incluso el Estado se encuentra obligado por este principio, de ahí que si ha realizado una acción de impacto ambiental debe pagar por ella; o, en caso de realizar una actividad que pudiera tener un efecto sobre el medio ambiente, se encuentra obligado a asumir los costos que implica dicha labor de prevención.

El orden de las acciones (prevención, vigilancia, restauración rehabilitación, reparación y compensación), no es un orden casual. Las medidas son subsidiarias, siendo la compensación la última opción, la cual sólo es posible de realizar si es que se han asumido los costos anteriores, o, el daño es inevitable y se cuenta con una autorización para realizarlo.



3. INSTRUMENTOS GESTIÓN DE LA CALIDAD AMBIENTAL.

A. La función de la gestión de la calidad ambiental

La calidad ambiental es uno de los conceptos centrales de la protección ambiental, no sólo en nuestro país, sino en todo ordenamiento jurídico. Ella garantiza las condiciones para que un determinado entorno pueda subsistir.

Al respecto, la Ley General del Ambiente, en el art. 113, numeral 2, establece los objetivos de la gestión de la calidad ambiental:

“a. Preservar, conservar, mejorar y restaurar, según corresponda, la calidad del aire, el agua y los suelos y demás componentes del ambiente, identificando y controlando los factores de riesgo que la afecten.

- b. Prevenir, controlar, restringir y evitar según sea el caso, actividades que generen efectos significativos, nocivos o peligrosos para el ambiente y sus componentes, en particular cuando ponen en riesgo la salud de las personas.
- c. Recuperar las áreas o zonas degradadas o deterioradas por la contaminación ambiental.
- d. Prevenir, controlar y mitigar los riesgos y daños ambientales procedentes de la introducción, uso, comercialización y consumo de bienes, productos, servicios o especies de flora y fauna.
- e. Identificar y controlar los factores de riesgo a la calidad del ambiente y sus componentes.
- f. Promover el desarrollo de la investigación científica y tecnológica, las actividades de transferencia de conocimientos y recursos, la difusión de experiencias exitosas y otros medios para el mejoramiento de la calidad ambiental."

La gestión de la calidad ambiental tiene distintos instrumentos para determinar cuándo se está o no ante una situación en la cual la excesiva concentración de un componente, o más, rebasa la capacidad de un elemento para: transformar sustancias naturales, o, asimilar, transformar o eliminar sustancias sintéticas. En buena cuenta y dicho simplemente: cuándo estamos o no frente a un acto de contaminación.

Nuestro sistema se basa en dos parámetros para medir ello. Los Estándares de Calidad Ambiental (ECA's) y los Límites Máximos Permisibles (LMP's). Es necesario resaltar de que no existe un parámetro general que indique que un LMP o un ECA es aplicable para toda situación, sino que -por el contrario- la regulación es sectorial. Ello significa que, por ejemplo, los LMP's sobre el agua de la actividad minera no serán los mismos que los aplicables a la industria de manufacturas.

Los parámetros son fijados, por lo general, sobre la base de tres factores: la tecnología que exista en el momento, la capacidad financiera, y la protección de la salud y el ambiente. El primero hace referencia a si existe o no en el momento la tecnología para evitar que la actividad tenga un impacto determinado. El segundo se refiere al nivel de inversión que implica la acción para el impactante. Y el tercero se refiere a la necesidad de cumplir con el deber de protección de la salud de las personas y del ambiente.

B. Los límites máximos permisibles

Los límites máximos permisibles son el primer parámetro para medir la calidad ambiental. Su fijación no obedece estrictamente a criterios ambientales, sino que también toma en cuenta criterios económicos. Por ejemplo, si es que se desea que una actividad pueda ser realizada, debo permitirse un nivel determinado de contaminación. Si bien se produce una afectación al medio ambiente, los beneficios que dicha actividad trae hacen que se justifique el daño antes mencionado. Es precisamente ese el espíritu que trajo consigo la emisión de la Ley 30230, la misma que en su art. 23 establece expresamente que los Límites Máximos Permisibles, y también los Estándares de Calidad Ambiental, deben basarse en un análisis de impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas.

La Ley General del Ambiente, en el art. 32.1, define al Límite Máximo Permisible de la siguiente manera:

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

El primer elemento a tener en cuenta en la definición del Límite Máximo Permisible es el lugar donde se realiza la medición de este parámetro. Este lugar es el punto en el cual se realiza la emisión o la descarga. La lógica de ello radica en que este es el lugar en el cual puede medirse el nivel de la concentración de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos o biológicos que es expedido por el agente al medio ambiente, expresado en cualquiera de los siguientes elementos: aire, tierra o agua.

El otro elemento es la atribución directa de una acción contaminante cuando la descarga, emisión o el efluente supere los parámetros establecidos en el Límite Máximo Permisible. Al respecto, es necesario señalar que, al ser nuestra regulación sectorial y no general, es posible que para algunas actividades económicas no exista este instrumento de gestión ambiental sobre un determinado elemento. En estos casos, en

atención al principio de legalidad, la conducta será manifiestamente atípica: es decir, no se podrá establecer sanción alguna por dicho acto.

C. Los estándares de calidad ambiental

Estos instrumentos de gestión ambiental son el otro gran grupo de parámetros para la gestión de la calidad ambiental. Ellos se encuentran definidos en el art. 31, numeral 1, de la Ley General del Ambiente:

“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.”

El Estándar de Calidad Ambiental, a diferencia del Límite Máximo Permisible, no mide el nivel de concentración de un determinado agente por parte de una persona. El ECA mide el nivel de concentración de un elemento en un determinado cuerpo. Esta diferencia es fundamental, pues dado que no existe relación causal directa entre el acto realizado por la persona y el nivel de concentración de un agente, por regla general (existen excepciones y es el caso de los macroemisores en caso de aire) no es posible atribuir a una persona determinada la presencia de un determinado nivel de agentes contaminantes.

El Estándar de Calidad Ambiental puede servir para atribuir responsabilidad penal o administrativa; sin embargo, para ello requiere demostrar la causalidad entre el nivel de concentración de un agente contaminante y la actuación precedente de dicha persona. Para hacer más gráfica la dificultad de prueba de la causalidad, existen aguas que presentan una gran cantidad de minerales que pueden ser perjudiciales para la salud; sin embargo, dicha presencia no tiene su origen en una acción humana, sino en la misma naturaleza.

4. BREVE ESBOZO DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL FORESTAL.

A. Sistema nacional forestal

Contrariamente a lo que, de forma aparente, se pudiera pensar, la regulación del aprovechamiento de la madera no es el principal elemento a considerar cuando se habla del sistema forestal. De acorde a nuestra legislación en esta materia (Ley General Forestal y de Fauna Silvestre), lo que se regula es el “derecho de acceder al uso, aprovechamiento y disfrute del patrimonio forestal”. A ello, la norma agrega también a la fauna silvestre.

La madera es uno de los principales productos forestales, pero no es el único. Junto a él existen otras especies no maderables y los denominados “frutos del bosque”, los cuales conforman el concepto de patrimonio forestal, así como los denominados servicios ecosistémicos que brinda el bosque. El aprovechamiento y la gestión del mismo, tampoco se hayan al azar, sino que existe ya un sistema nacional -que aún se encuentra implementándose- que busca regular el acceso antes mencionado.

De conformidad con lo establecido el art. 5 de la Ley General Forestal y de Fauna silvestre, conforman los recursos forestales las siguientes categorías:

- **Bosques Naturales:** Se entiendo por tales a aquellas formaciones que no deben su existencia a la actividad humana.
- **Plantaciones Forestales:** Son definidas por el art. 11 de la citada ley, como:

“Son ecosistemas forestales constituidos a partir de la intervención humana mediante la instalación de una o más especies forestales, nativas o introducidas, con fines de producción de madera o productos forestales diferentes a la madera, de protección, de restauración ecológica, de recreación, de provisión de servicios ambientales o cualquier combinación de los anteriores.

No son plantaciones forestales los cultivos agroindustriales ni los cultivos agroenergéticos.”

- **Tierras de uso mayor forestal sea forestal y para protección, con o sin cobertura arbórea:** Dentro de este concepto se incluyen varios conceptos que es necesario explicar.

En primer lugar, es necesario distinguir entre aquella tierra que tiene uso mayor forestal, de aquella que no la tiene. En buena cuenta, se refiere a aquella tierra que es apta para la producción de bienes y servicios forestales. El art. 8 de la Ley de la materia, la define en los siguientes términos:

“Son aquellas que, por su valor intrínseco, características ecológicas y edáficas, tienen capacidad para la producción permanente y sostenible de bienes y servicios forestales, o potencial para la forestación o reforestación.”

En segundo lugar, se usa el concepto de tierras de uso de capacidad mayor para la producción. Este concepto se encuentra perfectamente definido en el art. 8 de la Ley Foresta:

“Son aquellas que, por sus condiciones biológicas de fragilidad ecosistémica y edáfica, no son aptas para el aprovechamiento maderable u otros usos que alteren la cobertura vegetal o remuevan el suelo. Las tierras de protección se destinan a la conservación de las fuentes de agua, nacientes o cabeceras de cuencas, riberas de ríos hasta del tercer orden, y a la protección contra la erosión. En ellas es posible la recolección y aprovechamiento de productos forestales no maderables, el manejo y aprovechamiento de la fauna silvestre, así como usos recreativos y actividades educativas o de investigación científica, en la medida en que no se afecte su existencia ni sus funciones protectoras.”

En tercer lugar, se hace referencia a la innecesariedad de contar con cobertura boscosa, a efectos de calificar una tierra como de uso mayor forestal o para protección. Ello es importante, pues pone énfasis en que la calificación de la aptitud de la tierra no se encuentra en función a la existencia o no de cobertura boscosa, sino a la aptitud en si misma de la tierra para uso forestal o de protección.

- Los demás componentes silvestres de la flora terrestre y acuática emergente, incluyendo su diversidad biológica.



B. Actos administrativos para el retiro de la cobertura forestal

La legislación forestal no ha sido uniforme en el tiempo. Por el contrario, la misma ha variado mucho. Es recién ahora, con la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, que ha alcanzado una relativa estabilidad.

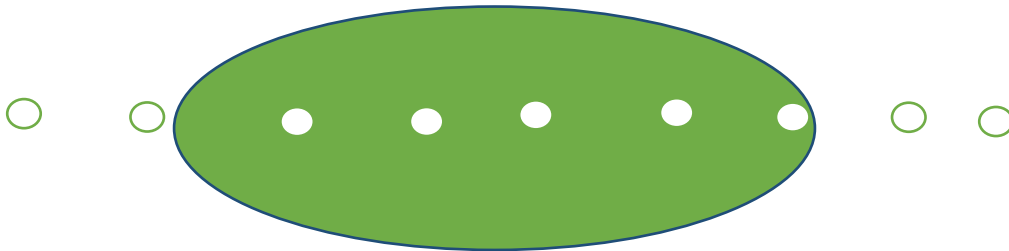
El retiro de la cobertura forestal no puede ser realizado, si es que no se cuenta para ello con el permiso de la autoridad competente en dicha materia. Existen dos autorizaciones en este ámbito:

- **Autorización de desbosque:** Existen actividades que requieren para su desarrollo el retiro de la cobertura forestal de un área determinada, para poder realizar el desarrollo de dicha actividad.

La Ley Forestal, en su artículo 36, establece que sólo es posible el retiro de la cobertura boscosa, para la realización de actividades productivas distintas a la foresta, como son: la instalación de infraestructura, la apertura de vías de comunicación, incluyendo caminos de acceso a áreas de producción forestal, la producción o transporte de energía, así como operaciones energéticas, hidrocarburíferas y minera.

Para aclarar el ámbito de aplicación de esta autorización, y sobretodo distinguirlo del cambio de uso, nos valemos de un muy

gráfico ejemplo: la instalación de un tendido de una red eléctrica, que debe atravesar una zona con cobertura boscosa.



En el gráfico superior podemos observar un círculo de fondo verde, el cual representa un área con cobertura boscosa. Los puntos con fondo blanco son los puntos que son necesarios para realizar el tendido de la red eléctrica. El permiso de desbosque se da sobre aquellos puntos blancos que atraviesan la zona boscosa, para que en ellos se retire la misma, con el objeto de realizar la instalación de -en este caso- la red eléctrica.

- **Autorización de cambio de uso:** Las tierras que tienen cobertura forestal, o careciendo de la misma tienen una gran aptitud para albergarla, pueden también tener otro uso, como es el uso agrícola.

Lamentablemente ha sido una práctica tradicional, incluso existen métodos diseñados especialmente para ello, el realizar el cambio de uso de zona con cobertura forestal y aptitud para ello, a zonas de uso agrícola. Resulta paradójico que, sobre todo en zonas de selva, la zona con cobertura forestal no cumplía las condiciones técnicas para garantizar adecuados cultivos. Por ello, al cabo de un tiempo ya no era posible realizar cultivos en las zonas desboscadas, a causa de su escasa fertilidad del suelo.

El cambio de uso requiere autorización de la autoridad competente, incluso cuando se trate de predios privados. Existe un procedimiento largo que exige la superación de varias condiciones para lograr el cambio de uso, como es el caso de un análisis del impacto ambiental que producirá este acto.

5. ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

A. ¿Qué es un área natural protegida?

La Ley 26834 define, en su artículo 1, a las áreas naturales protegidas de la siguiente manera:

“(…) Las Áreas Naturales Protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país. (…)”

De dicha definición legal, pueden extraerse los siguientes elementos para definir un área natural protegida:

- **Ubicación geográfica determinada:** Las áreas naturales no pueden tener una extensión territorial indeterminada. Sus límites se encuentran adecuadamente delimitados y georeferenciados.

No sólo recaen sobre espacios continentales, sino que también es posible constituir áreas naturales sobre espacios marinos. Un ejemplo de esto último es la Reserva Natural de Paracas.

- **Reconocimiento por parte de la autoridad competente:** No cualquier zona puede ser considerada como área natural protegida, para que ello sea posible es necesario que el territorio antes mencionado sea reconocido como tal por una autoridad competente. Para ello, tendrán que cumplirse una serie de requisitos administrativos en función del tipo de área.

El procedimiento y su duración varían en función del tipo de uso que se le quiere dar al área, así como de la autoridad que estará a cargo de las mismas.

- **Finalidad determinada:** Las áreas naturales protegidas tienen una función determinada, que - según la ley- es la conservación de la diversidad biológica, así como valores asociados.

Independientemente de la finalidad concreta de una determinada área natural protegida, estas tienen una finalidad

común: la conservación de aquellos elementos a los cuales deben su existencia. Se entiende a la conservación como el acto de preservar una determinada área para las futuras generaciones.

El primero de estos grupos de elementos es la conservación de la diversidad biológica, la cual es entendida como la variedad de especies de flora y/o fauna, distintas entre sí en una determinada área.

El segundo grupo de elementos está conformado por asociados de interés cultural, paisajístico y científico. Al respecto, este elemento -en un concepto estricto de protección ambiental- no tendría razón de ser; sin embargo, ello ha sido introducido por el legislador de esta manera. De forma tal que, si se declara un área natural protegida, el factor ecosistémico no es el único a considerar, sino que el mismo puede estar también interrelacionado con alguno de los tres valores antes mencionados. Caso claro de esta interrelación entre medio ambiente y un valor histórico es el Santuario Natural de Machupicchu.



B. Áreas naturales protegidas de uso indirecto

El primer tipo de áreas naturales es el de las áreas protegidas de uso indirecto, cuya regulación se encuentra en el art. 21 de la Ley de Áreas Naturales protegidas, el cual señala lo siguiente:

“a. Áreas de uso indirecto. Son aquellas que permiten la investigación científica no manipulativa, la recreación y el turismo, en zonas apropiadamente designadas y manejadas

para ello. En estas áreas no se permite la extracción de recursos naturales, así como modificaciones y transformaciones del ambiente natural. Son áreas de uso indirecto los Parques Nacionales, Santuarios Nacionales y los Santuarios Históricos.”

El objeto de un área natural protegida de uso indirecto es, contrariamente a lo que su nombre lo indica, evitar o, reducir hasta lo más ínfimo, la alteración del área a través de acciones humanas. Por ello, es que se encuentra prohibida la modificación del ambiente natural y la extracción de recursos naturales como regla general (existen algunas excepciones a esta regla). Los tipos de áreas concretos son:

- **Parques Nacionales:** De acuerdo al art. 22, numeral a, son:

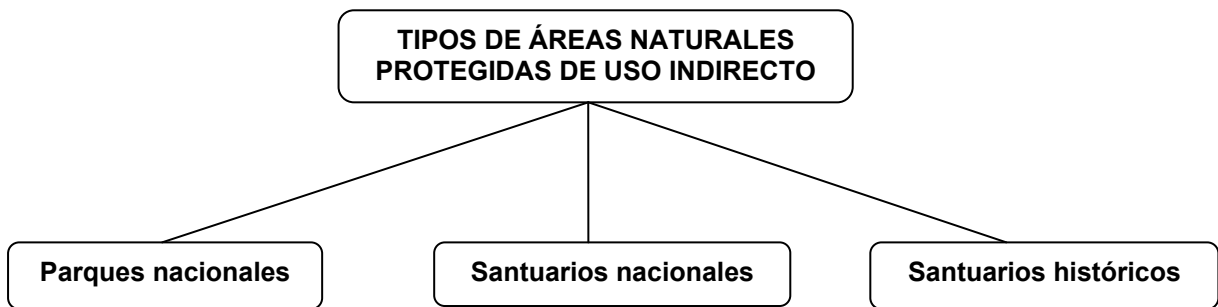
“Áreas que constituyen muestras representativas de la diversidad natural del país y de sus grandes unidades ecológicas. En ellos se protege con carácter intangible la integridad ecológica de uno o más ecosistemas, las asociaciones de la flora y fauna silvestre y los procesos sucesionales y evolutivos, así como otras características, paisajísticas y culturales que resulten asociadas.”

- **Santuarios Nacionales:** De acuerdo al art. 22, numeral b, que es definido como el:

“Área donde se protege con carácter intangible el hábitat de una especie o una comunidad de la flora y la fauna, así como las formaciones naturales de interés científico y paisajístico.”

- **Santuarios Históricos:** De acuerdo al art. 22, numeral c, son definidos como:

“Áreas que protegen con carácter de intangible, espacios que contienen valores naturales relevantes y constituyen el entorno de sitios de especial significación nacional, por contener muestras del patrimonio monumental y arqueológico o por ser lugares donde se desarrollaron hechos sobresalientes de la historia del país”.



C. Áreas naturales protegidas de uso indirecto

El segundo tipo de áreas naturales protegidas se compone por aquellas áreas donde el interés de conservación sigue siendo importante, pero el uso de los recursos al interior de las mismas es permitido. La ley de Áreas Naturales Protegidas, en su artículo 21, literal b, las define de la siguiente manera:

“Son aquellas que permiten el aprovechamiento o extracción de recursos, prioritariamente por las poblaciones locales, en aquellas zonas y lugares y para aquellos recursos, definidos por el plan de manejo del área. Otros usos y actividades que se desarrollen deberán ser compatibles con los objetivos del área.”

Pertencen a este tipo de áreas naturales protegidas, las siguientes:

- **Reservas paisajísticas:** De acuerdo al art. 22, numeral d, son:

“Áreas donde se protege ambientes cuya integridad geográfica muestra una armoniosa relación entre el hombre y la naturaleza, albergando importantes valores naturales, estéticos y culturales.”

- **Refugios de vida silvestre:** Conforme al art. 22, literal e, son:

“Áreas que requieren intervención activa con fines de manejo, para garantizar el mantenimiento de los hábitats, así como para satisfacer las necesidades particulares de determinadas especies, como sitios de reproducción y otros sitios críticos para recuperar o mantener las poblaciones de tales especies.”

- **Refugios de vida silvestre:** Son definidos en el art. 22, literal f, de la siguiente manera:

“Áreas destinadas a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre, acuática o terrestre. En ellas se permite el aprovechamiento comercial de los recursos naturales bajo planes de manejo, aprobados, supervisados y controlados por la autoridad nacional competente.”

- **Reservas Comunes:** Se definen, según el art. 22, literal g, como:

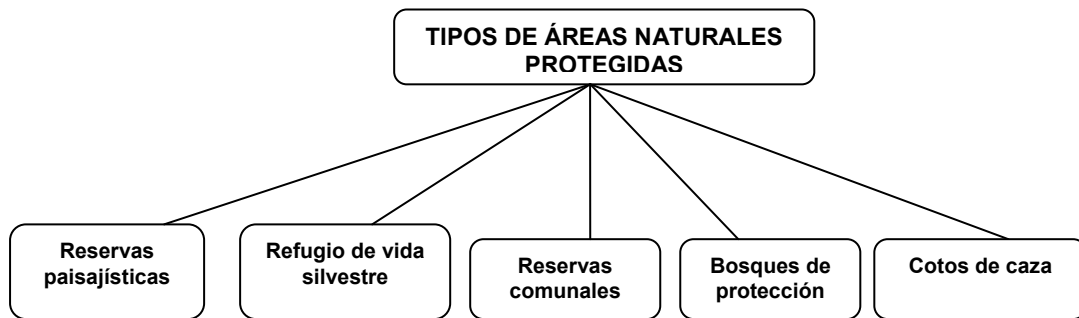
“Áreas destinadas a la conservación de la flora y fauna silvestre, en beneficio de las poblaciones rurales vecinas. El uso y comercialización de recursos se hará bajo planes de manejo, aprobados y supervisados por la autoridad y conducidos por los mismos beneficiarios. Pueden ser establecidas sobre suelos de capacidad de uso mayor agrícola, pecuario, forestal o de protección y sobre humedales.”

- **Bosques de Protección:** Son definidos, en el art. 22, literal h, de la siguiente manera.

“Áreas que se establecen con el objeto de garantizar la protección de las cuencas altas o colectoras, las riberas de los ríos y de otros cursos de agua en general, para proteger contra la erosión a las tierras frágiles que así lo requieran. En ellos se permite el uso de recursos y el desarrollo de aquellas actividades que no pongan en riesgo la cobertura vegetal del área.”

- **Cotos de caza:** De conformidad con el art. 22, literal i, son:

“Áreas destinadas al aprovechamiento de la fauna silvestre a través de la práctica regulada de la caza deportiva.”



D. Zonas reservadas y zonas de amortiguamiento

Existen dos categorías adicionales, las cuales no son áreas naturales protegidas; sin embargo, gozan también de protección jurídica. A ello hay que agregar que el conocimiento de las mismas es importante, dada la alta frecuencia de delitos cometidos en ellas- es necesario conocer.

En primer lugar, tenemos a las denominadas **Zonas Reservadas**, las cuales son áreas geográficas que, luego de un estudio técnico que afirme ello, podrían constituirse en áreas naturales protegidas. Por ello, a efectos que cualquier acción humana pueda ponerlas en peligro, es que se les da una protección jurídica hasta el momento en el cuál sea determinado qué tipo de área natural protegida deben constituir y ello sea aprobado por la autoridad competente.

En segundo lugar, también las denominadas **Zonas de Amortiguamiento**. Ellas son áreas que sirven de soporte a las áreas naturales protegidas. Gracias a una zona de amortiguamiento, el área natural protegida pueda cumplir las funciones para las cuáles ella fue creada.



CASOS SUGERIDOS

- CASO COCHA ALTA.
- Ej. Supr. Cas., N°. 383-2012, Trujillo, S.P.P., ponente: VILLA STEIN.

(Disponible en el anexo de casos)



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

1) REAL FERRER, Gonzalo, “La construcción del Derecho ambiental”.

En:

<http://web.pnuma.org/gobernanza/cd/Biblioteca/Derecho%20ambiental/04%20Construcci%F3n%20del%20DA.pdf>, fecha de consulta: 20 de marzo de 2014.

(Disponible en el anexo de lecturas).

UNIDAD II



PUNTOS CENTRALES DE LA PARTE GENERAL, DE RELEVANCIA PARA LOS DELITOS AMBIENTALES

PRESENTACIÓN

Los delitos contra el medio ambiente tienen sus propias peculiaridades, que los hacen muy distintos de otro tipo de delitos, como pueden ser los delitos de corrupción de funcionarios o los delitos clásicos de sangre. Asimismo, también se trata de delitos que no tienen mucha antigüedad, sino que su tipificación es relativamente reciente. Ambos factores, justifican que, antes del análisis de la parte especial, se proceda a analizar la parte general

La diferencia entre estos distintos tipos de delitos se aprecia mejor en la parte especial, cuando se analiza la estructura típica de estos delitos. Sin embargo, al realizar dicho análisis, es necesario remitirnos a ciertos temas de la parte general para poder entender la tipificación de los mismos. Esta remisión nos muestra que estos tipos penales poseen estructuras que normalmente habían sido cuestionadas (Vgr. La remisión a normativa administrativa). Por ello, para poder entender la parte especial, es necesario -en primer lugar- tener claros los aspectos fundamentales de la parte general.

En primer lugar, nos adentraremos al estudio del objeto de protección del bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente. En este punto, es donde cobra importancia retrotraernos a la diferencia entre un enfoque ecosistémico y antropocéntrico, para entender las múltiples teorías que se esgrimen en torno al objeto de protección de estos delitos.

En segundo lugar, nos adentraremos en el funcionamiento de las leyes penales en blanco, pero con el objeto de procurar su relación con los delitos contra el medio ambiente. Para ello, habremos de interrelacionar esta sección con las realizada en la parte previa.

En tercer lugar, analizaremos cuál es la relación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal: sus puntos de convergencia, así como la diferenciación entre ambos. Este análisis tiene como objeto entender la interacción entre la norma administrativa y la norma pena, las cuales sancionan un acto de impacto en el medio ambiente.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Qué protege el Derecho penal ambiental?
2. ¿Cuál es la diferenciación entre una norma penal y una norma administrativa sancionadora en materia ambiental?

1. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL AMBIENTAL

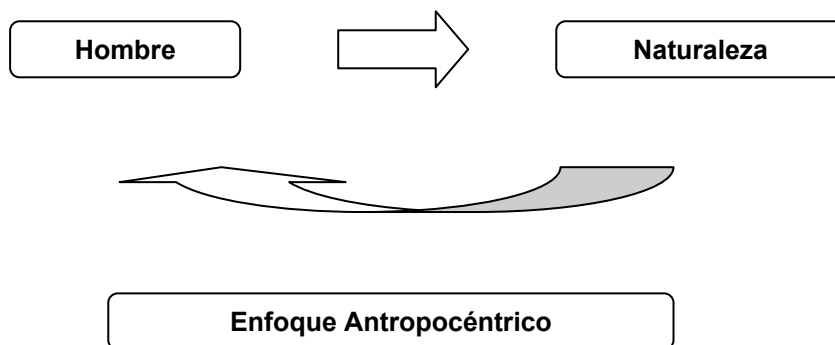
El debate en torno al objeto de protección es un debate sumamente importante para la dogmática de los delitos contra el medio ambiente; sin embargo, dado que la discusión científica sobre este ámbito no es relevante para los fines del presente material; nos limitaremos a presentar el debate, para que el lector -posteriormente- pueda profundizar sobre el mismo.

A. Concepciones basadas en un enfoque antropocéntrico

El eje central de las concepciones antropocéntricas es la idea de que el objeto de protección de los delitos contra el medio ambiente es la persona humana. En ese sentido, cuando se crea un delito contra el medio ambiente lo que en realidad se protege es un interés humano sobre un aspecto concreto de la naturaleza. Por ejemplo, cuando se crea el delito de contaminación ambiental, no se busca la estabilización del ecosistema, porque se considere al medio ambiente como un sujeto de derecho digno de tutela, sino que se lo considera como un bien susceptible de prestar bienes o servicios ambientales.

En esta concepción, el medio ambiente -concretado en ecosistema- es un mero instrumento para satisfacer alguna necesidad humana -presente o futura-. Por ello, su protección se hace indispensable, si se aspira a satisfacer dicha necesidad.

De acorde con esta concepción, se postulan como objetos de protección: la estabilidad del ecosistema, la protección de recursos naturales, la conservación del medio ambiente y paisajes, el cumplimiento de la normatividad administrativa, entre otros.



B. Concepciones ecocéntricas

Las concepciones ecocéntricas parten de un presupuesto totalmente distinto del medio ambiente. Para ellas, se trata de sujetos de derecho autónomos, los cuales requieren de protección penal sin que de por medio se encuentre un interés humano.

Estas concepciones se encuentran de acorde a la actual tendencia en la protección ambiental -la que a su vez responde a un cambio de nuestra concepción-, la que pretende reconocer al medio ambiente como un objeto de protección autónoma. Incluso esta tendencia ya se encuentra ganando cada vez más adeptos y alcanzando la normativización, como sucede en el caso de la Constitución Política del Ecuador, en la cual se considera al medio ambiente como un sujeto de derecho.

El efecto de esta tendencia es que los intereses humanos pasen a un segundo plano, para que se protejan los intereses del medio ambiente, fundamentalmente relativos a su conservación sin que para ello medie un interés de nuestra especie. Bajo este enfoque, podría considerarse como objeto de protección los mismos previstos en las concepciones antropocéntricas; sin embargo, sin la influencia del factor antropocéntrico.



2. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A. Problemática

¿Es acaso el Derecho penal el único sector del Derecho sancionador existente? Nuestro ordenamiento jurídico nos señala que el Derecho penal no es el único sector que el ordenamiento jurídico ha considerado como parte del sistema jurídico sancionador, entendiendo éste como el mecanismo a través del cual el ordenamiento jurídico reacciona contra la persona ante un ejercicio no permitido de su libertad. El otro sector es el Derecho administrativo sancionador, el cual también sanciona el ejercicio no permitido de la libertad.

El Derecho sancionador estatal tiene distintas formas de reaccionar ante una acción.⁹ Puede valerse del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador. Este último sistema jurídico abarca dentro de sí dos formas de reacción diferenciadas por el tipo de relación afectada con la acción: una relación de sujeción entre el funcionario público y la administración; y, otra relación colectiva entre el ciudadano y la sociedad. El primer sector está compuesto plenamente por las relaciones de sujeción existentes entre el funcionario público y la Administración Pública. Este supuesto ha sido conocido tradicionalmente como Derecho disciplinario, siendo el rasgo característico de éste la infracción de una norma que afecta directamente la función pública que ejerce el funcionario. Por ejemplo, el caso del policía que recibe una suma de dinero por no imponer una multa o el caso de un funcionario público que decide no presentarse a trabajar por una semana. Detrás de esta infracción se halla una afectación a una norma laboral que, por ser el empleador el Estado, tiene una importancia para la sociedad. Sin embargo, si desapareciera el factor estatal, nada la podría diferenciar de una sanción laboral. El segundo supuesto viene dado por las relaciones entre la colectividad y la Administración Pública. En este caso la infracción recae sobre una norma que afecta directamente a la colectividad. Un claro ejemplo de ello es el acto de contaminación ambiental que, sin llegar a ser delito, es sancionable, o la conducción en estado de ebriedad que constituye una infracción a las reglas de tránsito. Hasta este punto no existe un mayor debate en la doctrina.

Dentro de esta categoría pueden hallarse a su vez una o dos categorías, lo cual dependerá de la diferenciación que exista entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. Por un lado, si atendiéramos a un criterio cualitativo¹⁰ las normas administrativas en general se diferencian de las penales en el objeto de protección, por lo que ambos ordenamientos no concurrirían nunca, pues la protección pertenece a ámbitos distintos. De esta forma sólo existiría una categoría de normas en este sector. Por otro lado, si atendiéramos a criterios estrictamente cuantitativos, partiendo de la identidad de protección entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, ambos protegerían lo mismo, por lo que habría que establecer criterios

⁹ Sobre las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: Vid. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 4^o ed., Idemsa, Lima, 2011, pp. 42 - 45.

¹⁰ La idea de la distinción cualitativa tiene en GOLDSCHMIDT a su primer, y hasta ahora, más seguido defensor (GOLDSCHMIDT, James Paul, *Das Verwaltungsstrafrecht: eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtvergleichender Grundlage*, Carl Heymann, Berlin, 1902, *passim*). En nuestro país el debate sobre la materia no ha sido tan polémico, destaca en esta materia el aporte de GARCÍA CAVERO (GARCÍA CAVERO, Percy, “El principio de *non bis in idem* a la luz de una distinción cualitativa entre delito de infracción administrativa”. En: *El penalista de dos mundos. Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo*, Idemsa, Lima 2012, p. 175.)

cuantitativos para diferenciar ambos injustos. Finalmente, se encuentra una postura mixta, que es la que planteamos, que considera que el Derecho sancionador es único, pudiéndose expresar -en relación con la importancia del objeto de protección y la lesión del mismo, atendiendo al principio de *ultima ratio*- en el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. De esta postura se desprenden dos ámbitos conceptuales: uno de concurrencia de normas y otro, de autonomía entre ambos subsistemas sancionadores.

B. Diferenciación cualitativa

La segunda teoría considera que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador existe una diferencia de corte cualitativo. En buena cuenta, el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador poseerían objetos de protección distintos. Siguiendo esta lógica el efecto sería la posibilidad de que una investigación administrativa y una penal puedan ser seguidas de forma paralela y sean aplicables sanciones independientes, dado que ambos procedimientos tienen fines distintos.

Para el sector de la doctrina que se adhiere a esta diferenciación, el Derecho penal tiene un objeto distinto al del Derecho administrativo sancionador. Por un lado, el Derecho penal tiene como objeto la reestabilización de la vigencia de la norma, para lo cual se vale de la pena y de un proceso dotado de garantías para tal efecto. De allí que el destinatario de estas normas sea la persona, entendida como un ser racional orientado por derechos y deberes. Por otro lado, considera que el Derecho administrativo sancionador tiene como punto de partida al individuo que es el ser sensible movido por costes y beneficios. Por ende, el diseño del Derecho administrativo sancionador es menos rígido que el penal. Asimismo, la sanción no buscaría la reestabilización de la vigencia de la norma, sino el mantenimiento del funcionamiento global del sector social administrativamente regulado.¹¹

Al respecto, siguiendo la pertinente crítica hecha por BAJO FERNÁNDEZ,¹² las críticas antes realizadas pueden ser claramente enmarcadas en el contexto de una crítica que “aparentemente” pretende dar criterios de diferenciación cualitativa; sin embargo, en realidad propone criterios formales de diferenciación.

Tanto el Derecho administrativo sancionador como el Derecho penal

¹¹ En sentido: GARCÍA CAVERO, Percy, “El principio de *non bis in idem* a la luz de una distinción cualitativa entre delito de infracción administrativa”. En: *El penalista de dos mundos. Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo, cit.*, p. 175.

¹² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”, en http://www.indret.com/pdf/551_es.pdf, última fecha de consulta: 26 de marzo de 2016.

comparten el mismo objeto de protección: la protección de expectativas normativas concretadas en objetos de protección. Ése es el caso del delito de contrabando, en el cual la diferencia entre la norma penal y la administrativa radica en el monto de lo evadido. Si supera una cantidad determinada es parte del Derecho penal, si no la supera será parte del Derecho administrativo sancionador. Sólo es posible esta diferenciación si es que se considerase que –independientemente de las características propias de cada sector del Derecho sancionador- se reconociera que tanto la norma administrativa y la penal protegen lo mismo, sólo que con intensidades distintas. La norma penal está reservada para graves lesiones o puestas en peligro del objeto de protección, mientras que la norma administrativa sancionadora se encuentra diseñada para afectaciones menos intensas. Precisamente, en atención a la reacción más fuerte es que se requiere que el proceso penal éste dotado de mayores garantías que el Derecho administrativo sancionador, lo que no obsta que el último también tenga las mismas garantías que el Derecho penal, sólo que las mismas pueden ser flexibilizadas.

De la misma opinión es el Tribunal Constitucional, quien en el caso Ramos Colque señala lo siguiente:

“[E]s necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador”.¹³

C. Diferenciación cuantitativa

Finalmente, tenemos la diferenciación cuantitativa, que defendemos. Conforme a este esquema de diferenciación la norma administrativa y la norma penal comparten, en determinados ámbitos, el mismo objeto de protección. Sin embargo, existen ámbitos en los cuales cada uno tiene una plena autonomía.

En el primero, la diferenciación cuantitativa sólo será posible en caso de objetos de protección coincidentes y se base en criterios estadísticos. Como señalábamos en la introducción, producto del avance de la modernidad se ha ampliado el número de riesgos que pueden afectar a la persona o sus bienes. Para compensar el déficit de seguridad es que el legislador penal, en el caso de ciertos delitos, ha decidido adelantar las barreras de punibilidad y

¹³ STC. Exp. N° 2050-2002-AA, caso RAMOS COLQUE, fundamento jurídico N° 8.

no esperar a la concreción de una infracción a la vigencia de la norma o la lesión efectiva de un bien, sino que ha de sancionar la mera generación de un riesgo para la misma. Para ello, sobre la base de criterios estadísticos, ha creado los tipos penales denominados de peligro abstracto, los cuales se caracterizan por no haberse materializado en una lesión, sino por ser riesgos que potencialmente pueden convertirse en una lesión. Es importante señalar que este criterio de potencialidad es determinado de forma ex – ante por el legislador, quien ha de decidir cuándo una conducta se considera potencialmente peligrosa, lo que hará sobre la base de criterios técnicos.

Un ejemplo claro de estos delitos de peligro abstracto está en los delitos ambientales. En estas normas no se espera que se produzca la afectación al medio ambiente para sancionar la conducta, sino que se adelanta la barrera de punibilidad a un estadio previo: la generación de un acto contaminante que ponga el peligro al medio ambiente. Este peligro es cuantificado por una norma administrativa, la cual generalmente es el Límite Máximo Permissible de contaminación, pues una vez superado este límite se considera que la conducta puede afectar al medio ambiente.

Como se observa, tanto en el Derecho penal (en el caso de los delitos de peligro abstracto) y en el Derecho administrativo sancionador (en lo referente a la protección de intereses colectivos donde se sanciona la puesta en peligro), el legislador -con una visión prospectiva- reprime una determinada acción sin necesidad de que la misma haya generado la afectación de un bien jurídico, siendo el nivel de peligro predefinido en la norma administrativa. De esta forma, tanto la infracción administrativa como la penal comparten un ámbito en el cual ambas protegen exactamente lo mismo. La diferencia está en la gravedad de la afectación al objeto de protección. Afectaciones intensas serán de competencia del Derecho penal, mientras que afectaciones leves serán de competencia del Derecho administrativo sancionador.

El presente modelo tiene como gran argumento a su favor el ser coherente con el principio de *última ratio* del Derecho penal. Según este principio el Derecho penal es el último sector de control jurídico al cual se puede acudir para preservar la identidad normativa de una sociedad. Sólo es posible acudir a él cuando estemos frente a objetos de protección vitales para la existencia y el desarrollo de la sociedad, y cuando la afectación a estos objetos de protección sea tan intensa que otros sectores del ordenamiento jurídico –que también protejan el mismo objeto- no puedan realizarlo de forma suficiente como para garantizar la vigencia de la norma.

De igual manera, esta diferencia sustantiva se traduce en una configuración más garantista para el proceso penal, en atención a que la

limitación de derechos fundamentales que sufrirá la persona será más intensa que el procedimiento administrativo sancionador. Ello no implica que este último esté desprovisto de garantías derivadas del Derecho sancionador, como el principio de legalidad o culpabilidad, sino tan sólo implica que la interpretación que se realice de las mismas será mucho más flexible que en el ámbito procesal penal.

Un ejemplo de este criterio lo podemos ver en el delito de defraudación de renta de aduanas. En este supuesto, el objeto de protección es exactamente el mismo: las rentas que ha de percibir el Estado producto de los ingresos de mercancías. La diferencia entre la infracción administrativa y la infracción penal no es otra que el valor de lo defraudado. En buena cuenta, montos que superen el límite establecido por el legislador serán considerados un delito, y defraudaciones por debajo del monto serán una infracción.

Existen deficiencias legislativas en los cuales normas penales y normas administrativas se superponen. El caso paradigmático es el de la conducción en estado de ebriedad. En este supuesto, tanto la norma administrativa como la norma penal, protegen lo mismo: la seguridad en el tráfico. Sin embargo, el legislador, erróneamente, considera que conducir con más de 0.5 gr/l de alcohol en la sangre es una infracción administrativa y una infracción penal. Ello puede traducirse en un problema mayor, relacionado directamente al *non bis in idem*. Si la persona pagara la multa administrativa, entonces el Estado tendría vedada la posibilidad de imponerle una sanción penal, pues estamos frente a una identidad de hecho (conducir en estado de ebriedad), persona (el infractor) y fundamento (la protección en la seguridad en el tráfico).

La solución a este problema no es de *lege lata*, sino de *lege ferenda*: debe modificarse la norma administrativa para que conducciones en estado de ebriedad con menos de 0.5 gr/l de alcohol en la sangre sólo consideradas como una infracción administrativa; o, reformar la norma penal y considerar que sólo será delito si supera una cantidad mayor que podría ser 1.0 gr/l de alcohol en la sangre.

Finalmente, no basta que el objeto de protección sea el mismo, sino que un requisito *sine queanon* para que pueda darse una diferenciación cuantitativa es que la conducta típica sea la misma en la norma penal y la norma administrativa.

Por ejemplo, esta diferencia puede darse en la defraudación de renta de aduanas, la conducción en estado de ebriedad, entre otras. En todas

estas normas el supuesto de hecho de la norma penal y la norma administrativa es exactamente el mismo. Por ello, es necesario establecer una diferenciación entre ambos basada en la gravedad de la afectación o la puesta en peligro del objeto de protección. En la primera norma este criterio es el monto de lo defraudado y en la segunda el porcentaje de alcohol en la sangre.

El segundo punto a analizar, es cuando el Derecho penal pertenezca a ámbitos autónomos o exclusivos del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador. Tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador tienen, en algunos casos, objetos de protección que no pueden ser tutelados por el otro sistema jurídico. El tutelar expectativas normativas que pertenezcan al ámbito administrativo, con normas penales, haría que la protección penal sea desproporcionada por exceso. Tutelar expectativas normativas del ámbito penal con normas exclusivamente administrativas, conllevaría a una protección que afecta el principio de proporcionalidad por déficit.

De esa forma, la expectativa normativa que inválida la afectación del derecho fundamental a la vida, no puede ser tutelada a través de una norma administrativa. Hacerlo, implicaría un déficit en la protección de este derecho fundamental, el cual tiene mucha trascendencia para la sociedad. En el mismo sentido, sancionar penalmente a un peatón por el sólo hecho de cruzar una luz roja, constituiría una afectación al principio de proporcionalidad, al carecer el objeto de protección de la suficiente entidad como para merecer una sanción penal.

La autonomía del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador se encuentra en relación directa con la importancia del objeto de protección para la sociedad. Si el objeto de protección es sumamente importante para la sociedad, entonces la protección que el mismo reciba será reservada al Derecho penal. Si el objeto de protección carece de esta relevancia excepcional, pero aun así es importante para la sociedad, entonces deberá ser considerado parte del Derecho administrativo sancionador.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuál es la diferencia principal entre seguir un enfoque antropocéntrico que uno ecocéntrico a la hora de definir la protección penal del medio ambiente?

2. Asumiendo que el sistema jurídico nacional tuviera un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica. Si se multara a una empresa por la comisión de un acto de contaminación ambiental, basándose en una norma administrativa que tuviera la misma estructura típica que el delito de contaminación ambiental (mismo objeto de protección y misma conducta típica) ¿Podría ser perseguible penalmente?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

1) SESSANO GOÉNAGA, Juan Carlos, “La protección penal del ambiente. Peculiaridades de su protección penal”. En: Criminnet. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Nº 04, 2002, disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf

(Disponible en el anexo de lecturas).

UNIDAD III



DELITOS DE CONTAMINACIÓN

PRESENTACIÓN

Toda acción humana puede causar un impacto en el medio ambiente. De todas estas acciones, quizá, la más nociva sea aquella que tenga un efecto contaminante. Por ello, la esencia de la protección penal del medio ambiente recae en los delitos de contaminación ambiental, dada la lesividad de los mismos. En esta sección es donde puede apreciarse mejor la interdependencia entre la norma administrativa y la norma penal, pues la tutela penal del medio ambiente depende de la reglamentación sectorial que realiza la administración.

Existen muchos problemas ambientales en el Perú; sin embargo, son dos los que especialmente han merecido nuestra atención por su recurrencia en la práctica: el delito de contaminación ambiental y el delito de minería ilegal. Ambos, pero sobretodo el último, representan el grueso de los casos ambientales en nuestro país, de ahí que sea importante su análisis.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuáles son los elementos típicos del delito de contaminación ambiental, y sus agravantes?
2. ¿Cuáles son los elementos típicos del delito de contaminación ambiental, y sus agravantes?

1. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL.

A. Preliminares

La protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico peruano había siempre sido relegada, no sólo por la gran especialidad de la materia –la que hacía dificultosa la tipificación-, sino fundamentalmente por la falta de una política seria que hubiese buscado proteger realmente a este bien jurídico. La falta de conocimiento y desinterés por la materia llevó al extremo de que incluso el Código penal de 1991 consideraba los delitos vinculados a esta temática como “Delitos contra la ecología”. Esta consideración gráfica el gran desinterés por la real protección del medio ambiente, pues de otra forma no se explica cómo es que el Legislador peruano haya considerado que sea posible la protección de una ciencia natural.

Afortunadamente en la actualidad, de la mano con el mayor desarrollo de la protección ambiental –tanto a nivel de orden penal como de otras áreas del sistema jurídico- se han realizado una serie de reformas penales que buscan superar las antiguas trabas en esta materia¹⁴. Se podrá apreciar, tal como detallaremos en las siguientes páginas, que se realiza un mejor proceso de tipificación de los delitos de contaminación ambiental, el mismo que es complementado no sólo con normas penales, sino con una serie de normas administrativas que buscan dar una protección integral al medio ambiente. Asimismo, este proceso va de la mano con la creación de tipos penales conexos, como son el delito de minería ilegal (tanto tipo base, agravado y tipos conexos a él) o el delito de tráfico de residuos peligrosos, el cual en el fondo también desea promover una cultura de defensa del medio ambiente.

B. El contenido esencial y ámbito de aplicación de los delitos de contaminación ambiental

El art. 67 de la Constitución Política del Perú establece como obligación del Estado de instituir la política nacional del ambiente. De igual manera tenemos vinculado a este deber estatal, lo dispuesto en el art. 2 inciso 22 de la Constitución, el cual reconoce el derecho fundamental de toda persona a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”. A su vez, estos preceptos constitucionales han sido concretados en distintas normas legales, como el art. I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente, el cual enuncia:

¹⁴ Para un mayor detalle sobre la problemática anterior: *Vid.* CARO CORIA, Carlos, *El derecho penal del ambiente – Delitos y técnicas de tipificación* -, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, *passim*.

“Toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente equilibrado, saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. (...). Le corresponde al Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”.

Ahora bien, la mera declaración de un derecho no es suficiente para que el mismo tenga vigencia real al interior de una sociedad. En tanto que la protección del medio ambiente forma parte de la identidad básica de nuestra sociedad al encontrarse consagrada en nuestra Ley fundamental¹⁵, su protección requiere de la intervención del ámbito sancionador de nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, a través de una sanción administrativa o penal, según sea la intensidad de la afectación o la potencialidad de la misma, es que nuestro ordenamiento jurídico pretende mantener vigente a la expectativa de cuidado del medio ambiente. Por ello, el precepto constitucional es incorporado a nuestro sistema jurídico-penal a través del art. 304 de nuestro Código penal, cuya última modificación en la materia fue realizada por Ley 29263, de fecha 2 de octubre de 2008, con el tenor siguiente:

“El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”

¹⁵ La Constitución Política del Estado se erige como la piedra inicial donde han de reposar las expectativas normativas que definen a un Estado. En ese sentido, TEUBNER, George, *El Derecho como sistema autopoietico*, trad. Carlos Gómez – Jara, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 96 y ss.

C. Estructura típica del delito de contaminación ambiental

1. El medio ambiente como objeto de protección

Tal como lo señaláramos en la introducción, el legislador nacional cometió un grave error al considerar que el capítulo al que pertenecían los delitos contra el medio ambiente era el de “Delitos contra la Ecología”. Resulta evidente que el Legislador no tuvo, sea por desconocimiento o por la tecnicidad de la materia, un mayor interés por la protección real del medio ambiente. Tan sólo hubiere bastado acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para poder observar que la primera acepción del término ecología es el de “Ciencia que estudia las relaciones de los seres vivos con su entorno”. De ahí que resulta absurdo considerar que un tipo penal puede pretender la protección de una ciencia en general.

Este error, tuvo que esperar 17 largos años para poder ser finalmente corregido en el año 2008, a través de la Ley N° 29263, la misma que consideraba caría el nombre de “Delitos contra la ecología” a “Delitos Ambientales”. Si bien es una modificación sumamente importante, no es del todo precisa, pues deja de lado a los delitos contra los recursos naturales. Desde nuestra perspectiva la correcta denominación de este tipo debería de ser “Delitos contra el Medio Ambiente y los Recursos Naturales”.

El tipo penal antes descrito es el denominado delito de contaminación ambiental. El contenido de este tipo penal es materia de debate en la doctrina, sobre todo en lo referente a su contenido esencial. El único punto sobre el cual existe un consenso en la materia es que el objeto de protección no es de carácter individual, sino que nos encontramos frente a una conducta que afecta un interés colectivo¹⁶.

La doctrina comparada¹⁷ considera que el presente tipo penal tiene como objeto de protección a la estabilidad del ecosistema. Según este sector el ecosistema sería concebido como el conjunto de relaciones existentes entre los seres vivos con su habitat, siendo el elemento definitorio de estas relaciones un equilibrio entre ambos que permita el desarrollo sostenido de los primeros.

¹⁶ En ese sentido véase: DE LA CUESTA AGUADO, Paz María, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Universidad de Cadiz, Valencia, 1995, pp. 150 y ss.; SARRABAYRIUSE, Eugenio, *Medio ambiente y Derecho penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2008.

¹⁷ Vid. PRAT GARCÍA, Joseph María y SOLER MATUTES, Pedro, *El delito ecológico*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2000, pp. 37 y ss.

Esta postura es adoptada por la doctrina nacional¹⁸ al considerar que la estabilidad del ecosistema constituye el objeto de tutela principal en el delito de contaminación ambiental. Por ende, se ha de proteger el equilibrio existente entre los integrantes del ecosistema.

Ahora bien, es importante destacar la interpretación que hace nuestro Tribunal Constitucional acerca del medio ambiente y del derecho al mismo:

“Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye «(...) tanto el entorno globalmente considerado –espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna– como el entorno urbano»; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros.

(...)

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.”¹⁹

2. El delito contra el medio ambiente como un delito de peligro concreto

La protección del medio ambiente se rige por el principio de prevención, es decir, en materia medioambiental no se espera que el daño se produzca, sino que la protección al ecosistema se da en un estadio previo a la afectación del mismo. Por ende, el Estado se encuentra obligado a actuar antes de que el daño sea producido, siendo el único elemento a determinar la potencialidad de que el mismo pudiera concretarse.

En ese sentido, la técnica de tipificación del delito del medio ambiente no pertenece al Derecho penal clásico, sino al Derecho penal moderno. No nos encontramos frente a un clásico delito de lesión, el cual espera la realización efectiva de un daño a un objeto material, sino que nos

¹⁸ *Vid.* CARO CORIA, Carlos, *El derecho penal del ambiente – Delitos y técnicas de tipificación* -, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, pp. 270 y ss.

¹⁹ STC. Exp. N° 0048-2004-AI, fundamento jurídico 17.

encontramos frente a un delito de peligro, específicamente la existencia de un delito de peligro concreto.

En los delitos de peligro el Estado adelanta la tutela penal a un estadio previo a la lesión efectiva del objeto de protección. La característica principal de los delitos de peligro es la no exigencia de una lesión para la configuración del ilícito, sino que el mismo se presenta tan sólo con la superación de un límite abstracto (peligro abstracto), o la sola puesta en peligro en el caso concreto (peligro concreto). Los delitos contra el medio ambiente se ubican en esta segunda categoría, vale decir que se trata de delitos de peligro concreto, pues los mismos no requieren la existencia de un daño efectivo y constatable al medio ambiente para poder realizarse. Por el contrario, para su realización tan sólo es necesario que el acto contaminante ponga en peligro al medio ambiente, lo cual se ha de determinar en el caso concreto. En otras palabras, en este tipo de delitos, basta la sola eficacia contaminante del acto realizado para configurar el tipo penal, pues la misma configuraría el tipo²⁰.

Analizando el tipo penal nacional podemos observar que nuestra legislación sanciona los daños al medio ambiente en dos niveles. El primero es un nivel de resultado, el cual es evidente al leer la palabra “causar” en la descripción del tipo. Esta palabra hace alusión directa a la presencia de un resultado. El segundo nivel es anterior a la producción del resultado, específicamente se trata de un “poder causar” según la redacción típica. Este término nos conduce a concluir que el legislador también ha previsto como nivel de afectación a un estadio previo a la lesión como es el peligro. Se trata de un delito de peligro concreto y no abstracto, porque exige un daño potencial –que ha de verificarse en el caso concreto- y no una presunción de daño en la conducta.

Si bien el Legislador ha utilizado simultáneamente los términos “causar” y “pueda causar” para hacer alusión al nivel de concreción de la conducta en el bien jurídico, ello en realidad no es necesario. Hubiera bastado que se quedara tan sólo con el término “pueda causar”, pues este –en la escala de afectación al bien jurídico- es un estadio previo, por lo que se concreta tan sólo con la generación de la acción peligrosa sin necesidad de que se concrete un resultado. Al ser un estadio previo es mayor el ámbito de protección que el brindado con la exigencia de producción del resultado.

²⁰ RODRIGUEZ MONTAÑEZ, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense - Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 346.

3. La superación del riesgo permitido

El riesgo permitido viene a ser el parámetro de riesgos que una sociedad está dispuesta a tolerar para poder seguir desarrollando su ritmo cotidiano²¹. La vida en sociedad implica la existencia de riesgos todos los días, y en todos los subsectores de la actividad. Por ejemplo, la conducción de un vehículo automotor es un riesgo potencial en la medida que el mismo puede ocasionar un daño hacia un tercero; sin embargo, la misma es necesaria para el normal desarrollo de la sociedad. De allí que se considera como un riesgo tolerado o permitido por la sociedad²².

A efectos de matizar el riesgo que la actividad implica, y para facilitar la delimitación de cuándo nos hallamos frente a un riesgo permitido o a un riesgo prohibido, existen una serie de normas que sirven de parámetro normativo para la convivencia en la sociedad. Por ello, toda actividad riesgosa siempre trae consigo una serie de obligaciones, cuyo cumplimiento tiene una doble función. Por un lado, es una garantía en la medida que asegura al ciudadano que al circunscribir su actividad dentro de los parámetros del riesgo permitido no le acarreará una sanción. Por otro lado, se trata de un criterio delimitador para determinar en el caso concreto si la conducta debe ser o no sancionada.

Como acabamos de anotar, el parámetro para la determinación del riesgo permitido no es otro que la norma, pues ella fija el estándar de realización de una actividad concreta. Por ello, las actividades riesgosas tienen normas que regulan su realización, siempre y cuando las mismas entrañen un riesgo aceptable. En el ejemplo antes planteado, la conducción de un vehículo *per se* es una actividad riesgosa; sin embargo, la misma es una actividad permitida siempre y cuando el ciudadano la realice dentro de los parámetros de la norma que regula este subsector, que en este caso es el tráfico rodado, siendo su referente normativo el reglamento nacional de tránsito.

En el contexto de las acciones en el medio ambiente puede observarse que los actos humanos son potencialmente contaminadores. Acciones tales como bañarse en un río, o lavar ropa en el mismo, al igual que arrojar basura en él o los desagües de una ciudad en él, son actividades contaminantes. La actividad humana en el medio ambiente es potencialmente contaminante, pero dicha contaminación es en cierta

²¹ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 1998, pp. 44 y ss.

²² Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen Jurídico-Penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, *passim*.

medida permitida por la sociedad hasta ciertos límites fijados por ella. Las actividades que hemos descrito son actos contaminantes, pero que tienen una diferencia clara entre sí: no es lo mismo bañarse en un río que verter desechos tóxicos en él.

La actividad humana contaminante, para poder ser sancionada, precisa de encontrarse específicamente normada, a efectos de establecer un parámetro del cual pueda determinarse si se está o no ante un riesgo permitido. El postulado anterior tiene su concreción en el delito de contaminación ambiental, el cual –como se aprecia de una lectura atenta del tipo penal- es una norma penal en blanco, pues la determinación del riesgo permitido en su caso no depende de normas propias del Derecho penal, sino que se vale de normas extra penales²³, básicamente pertenecientes al Derecho administrativo.

El límite del riesgo permitido cuya superación puede constituir un acto de contaminación ambiental se encuentra en la normatividad administrativa que regula el sector donde se despliega la actividad contaminante. Allí donde no exista norma alguna que determine el nivel permisible de riesgo, entonces la conducta será atípica, en atención al principio de legalidad y de libertad básico (nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe).

Las normas que conforman este sector no sólo se ubican en leyes, sino que las mismas pueden encontrarse en reglamentos, resoluciones directorales y otras normas de tercer rango. Lo común en todas estas normas es que ellas sirven para la determinación del riesgo permitido, pues es sobre la base de los límites contemplados en estas normas que se ha de determinar si la actuación de una persona configura o no el tipo penal de contaminación ambiental, lo cual se dará si la actuación del sujeto activo supera el riesgo permitido por la norma administrativa.

La descripción típica del delito de contaminación ambiental cumple con las exigencias de taxatividad y certeza de la ley penal, inherentes al principio de legalidad, lo cual se desprende del análisis de los criterios dictados por el Tribunal Constitucional Español²⁴:

²³ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. Ara editores, Lima, 2004, pp.149 y ss.

²⁴ STC 127/90, 5 de Julio. Sentencia en la que se defendió la constitucionalidad de la legislación penal sobre materia ambiental. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo Español: STS 28 de Marzo de 2003 (RJ 4069/2003)

Que el reenvío contenido en la ley penal en blanco sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma

Que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición

Que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir “que se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta

La normativa nacional contiene todos los elementos para ser considerada una norma penal en blanco válida. En primer lugar, el reenvío es expreso y nos remite a “leyes, reglamentos o límites máximos permisibles”, los cuales se encuentran básicos -aunque no exclusivamente en el ámbito administrativo. En segundo lugar, la norma penal de protección al medio ambiente contiene la esencia de la prohibición en ella: el realizar un acto contaminante que pueda causar un daño grave al medio ambiente. En tercer lugar, la norma penal nacional sirve de salvaguarda al ciudadano, pues contiene dentro de sí la esencia de la prohibición, tan sólo derivando los límites de la acción de contaminación a la norma administrativa.

La importancia de la remisión a las normas administrativas se da en la determinación de la tipicidad de la conducta. Al ser el marco normativo extrapenal el que define el riesgo permitido, entonces la actuación conforme al marco normativo equivaldrá a la atipicidad de la conducta. Asimismo, la ausencia de una norma administrativa que establezca un parámetro específico, también significará a la atipicidad de la conducta. De otro lado, si se determina que la acción del sujeto activo implicó la superación de los niveles de riesgo permitidos por la norma administrativa, entonces la conducta del mencionado agente se enmarcaría dentro del tipo penal de contaminación ambiental, debiéndose sólo determinar el grado de consumación, esto es, si se ha puesto en peligro el medio ambiente o si se ha producido un daño contra él.

4. La causación o potencialidad de causación de una afectación al equilibrio del ecosistema

No toda superación de un riesgo permitido puede significar la realización de un delito. En el caso específico del delito de contaminación ambiental, el acto de contaminación puede no haber generado un perjuicio, o tampoco puede ser potencialmente perjudicial, lo que hará que la conducta venga en atípica para el Derecho penal.

En este sentido, es necesario destacar qué es lo que se ha de concebir como daño ambiental. Para ello, partimos de entender que el ecosistema es el conjunto de relaciones entre los seres vivos y un entorno determinado, siendo que entre ambos existe un equilibrio que permite a los primeros desarrollarse. Un acto de contaminación ambiental será entonces aquella acción que de forma efectiva (resultado) o potencial (peligro concreto) afecte a las relaciones existentes entre los seres vivos, siendo el principal factor a determinar la ruptura del equilibrio existente entre ambos.

La tipificación del delito de contaminación ambiental en nuestro país señala que este acto de contaminación ambiental debe ser realizado mediante la provocación o descarga de emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas. A su vez, dicha acción debe de generar un daño al medio ambiente (el ecosistema), la calidad ambiental o la salud ambiental.

D. Las circunstancias agravantes en el delito de contaminación ambiental

1. Formas agravadas básicas

El delito de contaminación ambiental admite tres modalidades agravadas, las mismas que se encuentran recogidas en el art. 305 del Código penal, cuyo tenor literal es el siguiente:

“La pena privativa de libertad será menor de cuatro años ni mayor de siete años y con trescientos a mil días –multa si el agente incurre en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Falsea u oculta información sobre el hecho contaminante, la cantidad o calidad de las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidas en el artículo 304º, a la

autoridad competente o a la institución autorizada para realizar labores de fiscalización o auditoría ambiental.

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

3. Actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad.”

- **El falseamiento u ocultación de información sobre el hecho contaminante**

Un punto importante para interpretar esta agravante es delimitar el ámbito de las labores de fiscalización o auditoría ambiental que vienen siendo practicadas. Vale decir, si es que han de incluirse en este punto a las labores de fiscalización o auditoría en sentido amplio, es decir: preventivas, de investigación o posteriores; o, si sólo han de incluirse a aquellas labores que se realicen con ocasión de una investigación que tenga su origen en un acto de contaminación específico investigado por la autoridad administrativa o judicial.

La primera postura es de carácter amplio. Según ella no se debe de realizar un distingo al interior de la norma, ahí donde la misma norma no hace el distingo. Por ello, lo importante es que se falsee u oculte la información sobre un hecho contaminante que se hubiera cometido, sin importar si es que la fiscalización o auditoría tuvo o no conocer este hecho contaminante en concreto. Si el Gerente de Operaciones de una empresa minera no otorga al fiscalizador la información sobre un hecho contaminante, independientemente de si este hecho fuera o no el objeto de la fiscalización, entonces se encontrará dentro de esta agravante.

De seguirse esta postura estrictamente, sería exigible que se otorgue información sobre actos contaminantes, incluso en fiscalizaciones o auditorías que fueran realizadas por hechos distintos y no conexos al hecho contaminante. Es el caso de un Programa de Adecuación al Medio Ambiente, o en el caso de una fiscalización del Ministerio de Trabajo por temas de condiciones de salud.

La segunda interpretación es restrictiva, según ella el tipo penal se refiere sólo a aquellas actividades de fiscalización o auditoría realizadas en el marco de una investigación –sea de la Fiscalía o judicial- por la comisión de un acto contaminante concreto.

La presente interpretación lleva a circunscribir la fiscalización a un ámbito concreto: la investigación por la producción de un hecho contaminante de carácter delictivo. Se excluye las investigaciones administrativas, porque el tipo penal expresamente remite a hechos señalados en el art. 304 del Código penal, con lo que se refiere sólo a hechos de contenido delictivo.

En ese sentido, la presente agravante se configura sólo en un marco concreto: la realización de una fiscalización o auditoría ambiental, sea por una institución pública o privada. Cuando una de estas dos actividades se encuentra siendo realizada –en el marco de una investigación de carácter delictiva- la persona que produjo el acto contaminante sí tiene un deber específico de colaborar con la investigación, colaboración que se expresa en el otorgamiento de información cierta sobre el hecho contaminante.

Un problema de interpretación adicional en esta norma es si la misma afectaría o no el principio de no autoincriminación. En el ordenamiento jurídico nacional este principio garantiza a toda persona imputada el derecho a no declarar sobre actos que ella hubiera realizado²⁵. Una interpretación doctrinaria²⁶ considera que este derecho incluso permite que el imputado pueda mentir a efectos de protegerse, sin que dicha mentira le genere algún tipo de responsabilidad por el hecho.

En ese sentido, la garantía de no autoincriminación podría colisionar con el deber de decir la verdad sobre el hecho contaminante. Desde nuestro punto de vista, dado el carácter constitucional de esta garantía y que el contenido de la misma ha sido validado, la agravante no podrá ser aplicada a aquella persona que fuera directamente responsable por la comisión del hecho ilícito, sino que se restringiría a personas distintas de su persona. Gráficamente, si el Gerente de Operaciones de una empresa minera toma una decisión que él conocía que podía significar un acto de contaminación ambiental, y, posteriormente,

²⁵ Los alcances y orígenes de este derecho son tratados muy ilustrativamente por: REAÑO PESCHEIRA, José Leandro, “Las declaraciones autoinculpatorias efectuadas en conversaciones privadas como objetos de prueba del proceso penal”, en *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Jurista Editores, Lima, pp. 97 – 127.

²⁶ Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Tomo I, Grijley, Lima, 2004, pp. 90 – 94.

el Fiscalizador le realiza una serie de cuestionamientos sobre las implicancias de esta decisión, él podrá emitir un comentario falso sobre su responsabilidad en el hecho contaminante, siendo ello amparado por la norma.

- **La obstrucción o impedimento de la actividad fiscalizadora de la autoridad administrativa**

La administración tiene la facultad de supervisar las actividades que desarrollen los administrados siempre y cuando las mismas formen parte de un sector de interés público regulado, es el caso de las telecomunicaciones, las actividades de producción de energía, las actividades extractivas, entre otras. La facultad de supervisar o fiscalizar es discrecional por parte de la administración, lo cual equivale a señalar que la misma puede decidir el momento de su realización, y la forma en la cual hará la misma, siendo que el objeto es siempre el determinar si la actividad regulada está siendo realizada conforme a los estándares fijados en la norma administrativa.

En el caso específico de las actividades que pueden significar una acción de contaminación por parte de los administrados, se tiene que la administración pública puede realizar acciones tendientes a determinar si la actividad realizada se encuentra dentro del riesgo permitido. Por ejemplo, en el caso de las actividades mineras que impliquen manejo de efluentes líquidos metalúrgicos, la actividad del fiscalizador deberá de enfocarse a constatar el nivel de descarga de tales efluentes y el nivel de la concentración de minerales en las aguas donde los mismos han sido arrojados. En caso de que la acción de verificación considere que nos encontramos frente a un acto contaminante, entonces procederá a emitir las medidas correctivas para evitar que el acto contaminante siga dándose.

Como se evidencia, la labor del agente de fiscalización es sumamente importante para la determinación de la existencia o inexistencia del riesgo permitido, el cual es el primer paso para el proceso de determinación de la existencia o no de una actividad delictiva por parte del sujeto activo. De allí que la norma penal haya previsto como un supuesto agravado en el acto de contaminación ambiental a dos acciones que impidan el desarrollo de la labor fiscalizadora, los cuales son los verbos rectores *obstruir* e *impedir*. Por *obstruir* se entiende a la acción destinada a dificultar la realización de la acción de auditoría, cuya

materialización puede darse en el no prestar facilidades para el desarrollo de la fiscalización, o el poner algún tipo de traba para que la misma no pueda realizarse. A diferencia de la obstaculización, el *impedir* la acción de fiscalización se caracteriza por una total oposición del sujeto activo a la actividad de fiscalización, la misma que puede presentarse en varios supuestos como el no permitir el acceso para la toma de muestras, el evitar el ingreso de los agentes de fiscalización, o la intimidación a dichos agentes.

Por último, el elemento normativo “autoridad administrativa competente” debe ser interpretado con referencia directa a la actividad realizada por el sujeto activo. Es el caso de las actividades mineras, en el cual el fiscalizador pertenece a la Dirección Regional de Energía y Minas, toda vez que es este subsector de la administración pública el que se ocupa del ámbito donde se realiza la actividad minera, teniendo el conocimiento especial de los criterios técnicos para aplicar los parámetros fijados en la norma administrativa para la actividad potencialmente contaminante.

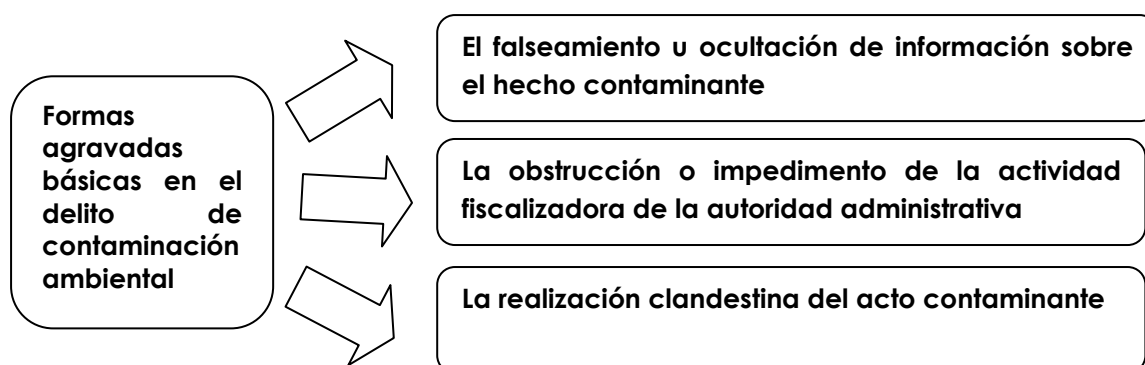
- **La realización clandestina del acto contaminante**

La tercera modalidad agravada que se encuentra prevista por el tipo penal es la realización clandestina de la actividad contaminante. Como antes hemos señalado, las actividades que realicen los ciudadanos y sean parte de un sector regulado administrativamente, son de interés público. Por dicha razón, se exige que los administrados cumplan una serie de requisitos para poder realizar la actividad, los mismos que no cesan con el otorgamiento de un determinado acto administrativo, sino que se extienden en el tiempo al periodo de realización de la acción, y dichos deberes incluso subsisten cuando la actividad principal ya cesó.

En el caso específico de las actividades mineras, las mismas no pueden ser realizadas sin contar con autorización previa de la autoridad administrativa competente. Asimismo, dicha autorización presupone el cumplimiento de una serie de requisitos estrictos para la realización de la actividad, los cuales tienen como función el mitigar el riesgo que ella genera o puede generar en el medio ambiente y en las personas. Toda actividad minera se encuentra sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, variando la

rigurosidad de los mismos en función del tipo de actividad minera, de la magnitud de la misma, entre otros factores.

La presente agravante se configura cuando el sujeto activo desarrolla una determinada actividad que se presupone contaminante, sin que previamente haya cumplido con los requisitos administrativos para poder realizarla. El caso típico de actividad clandestina es el de la minería ilegal.



1. Formas agravadas que involucran la vida o salud de las personas

La realización de la actividad una actividad contaminante tiene una agravante si afecta a la vida o la salud de persona, conforme se aprecia en el art. 305 del Código penal, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

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

La doctrina ha sostenido que los delitos contra el medio ambiente tienen como objeto de protección mediato a los seres humanos²⁷. Aparentemente este hecho negaría la protección del medio ambiente como un ente autónomo de naturaleza distinta a la humanidad.

²⁷ Vid. MANSO PORTO, Teresa, “Problemas de la regulación española de los delitos contra el medio ambiente”, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 578 y ss.

Desde nuestro punto de vista, no ha de negarse la importancia que tiene el medio ambiente como objeto de tutela, sólo debe ponerse énfasis en señalar que la razón detrás de esta salvaguarda es en realidad la protección a las personas (antropocentrismo). Por ello, el tipo penal prevé como hecho agravante en el acto de contaminación ambiental que los efectos lesionen la vida o la salud de las personas, siendo la pena ostensiblemente mayor.

2. EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL.

A. Preliminares

En nuestro país la minería ilegal siempre ha existido, incluso en lugares como Madre de Dios, donde eran célebres los famosos lavaderos de oro de dicha Región. De igual manera, también es conocida la actividad minera realizada en la sierra por distintos comuneros desde hace ya mucho tiempo, en lugares como Pasco, Junin, Huancavelica o Cajamarca. Esta actividad no cobraba la importancia que actualmente tiene por un solo factor: el precio del mineral, sobretodo del oro.

La repentina subida del precio de los minerales en la última década conllevó al desarrollo de grandes proyectos mineros formales, los cuales tienen su sustento en el alto precio de los minerales, el cual justifica la inversión a realizar. Tal como es de conocimiento público, la realización de la actividad minera no resulta gratuita y mucho menos barata, sino que es realmente cara. Esta actividad siempre genera un impacto en el medio ambiente y precisa de adoptar medidas para que el impacto generado pueda ser eliminado, atenuado o compensado. De ahí que la realización de esta actividad requiera de un capital elevado, a efectos de cumplir con las obligaciones ambientales que se derivan del mismo. Por ello, en un contexto de subida del precio de los minerales, se justifica realizar actividad minera, pues el precio final del mineral podrá abarcar el costo de prevención y remediación ambiental.

La extracción en si misma del mineral no es una actividad muy cara, sobre todo si se trata de minería aluvial. Sin embargo, los costos de extracción no son los únicos costos que se han de pagar para obtener el mineral, también están los salarios y el costo de seguridad de los trabajadores que extraen el mineral y realizan la actividad de beneficio; los costos de los impactos ambientales generados por la exploración, la explotación y el beneficio; el pago de los tributos como las regalías y el canon; entre otros costos que tienen que ser cubiertos por el minero.

En un contexto en el cual el precio del mineral es alto, y, la capacidad estatal de fiscalización y aplicación de sanciones ambientales, laborales y penales es muy baja, se tienen las condiciones necesarias para que –a la par con la minería formal- se de una expansión de la actividad minera ilegal. Esta actividad, a diferencia de la minería regulada, sólo tiene en consideración los costos asociados a la extracción del mineral y al beneficio, dejando de lado los otros costos, fundamentalmente aquellos que derivan de las obligaciones ambientales propias de la actividad minera.

Por esta razón, la minería ilegal es uno de los fenómenos delictivos que ha cobrado mayor trascendencia en nuestro país y América Latina en la actualidad²⁸. De todos los posibles problemas delictivos asociados, a los que se debe esta notoriedad (trata de personas, lavado de activos, evasión de impuestos, entre otras), el que más atención del público ha llamado la intensa afectación al medio ambiente, la cual es notoria en lugares como Madre de Dios²⁹ o Cajamarca. Tal cómo ahondaremos en el presente artículo, la minería ilegal tiene un alto costo ambiental, fundamentalmente cuando se trata de minería aluvial, dado que la extracción del mineral se realiza sin ningún respeto por los estándares de calidad ambiental, causando un gran impacto en el medio ambiente. Asimismo, dicha actividad agudiza otros problemas ambientales, entre los cuales destaca el cambio climático³⁰, los que en su conjunto justificaron la creación de un tipo penal independiente como es el delito de minería ilegal.

En el Perú, afortunadamente, el fenómeno –entendido en las proporciones que desde hace unos pocos años tien no tiene una larga data y su rápido crecimiento ha despertado un gran interés de parte del Estado por erradicarlo. Este interés se ha concretado en acciones y normas cuyo objetivo final es la interdicción y erradicación de la minería ilegal, lo cual resulta loable si se tiene en cuenta las consecuencias múltiples de esta actividad ilícita³¹.

²⁸ Vid. AA.VV. *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos*, SPDA, Lima, 2014, *passim*.

²⁹ Vid. VALENCIA ARROYO, Lenin, *Madre de Dios: ¿Podemos evitar la tragedia? Políticas de ordenamiento de la minería aurífera*, SPDA, Lima, 2014, *passim*.

³⁰ Existe una relación directa entre el fenómeno del cambio climático y el fenómeno de la minería ilegal, sobre todo la aluvial. Uno de los principales medios de protección de este fenómeno es la existencia de bosques, los cuales absorben mucho del CO₂ emanado por las distintas actividades humanas. El CO₂ es de vital importancia, pues es uno de los gases que son la causa del efecto invernadero, el cual ocasiona directamente el cambio climático. Los mineros ilegales, fundamentalmente aquellos que realizan su actividad en zonas aluviales de la selva, son los que mayor daño causan al medio ambiente, pues no sólo contaminan los ríos, sino que deforestan los bosques que se encuentran en las laderas de estos, lo que evidentemente reduce el porcentaje de CO₂ capturado.

³¹ Un breve, pero esclarecedor, análisis de las medidas adoptadas por el Estado sobre este punto puede verse en: IPENZA PERALTA, César, *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal*, SPDA, Lima, 2012, *passim*.

La problemática ha sido afrontada desde distintos sectores del Derecho. Especialmente, desde del derecho sancionador –tanto administrativo como penal- dado que el principal énfasis ha sido el establecimiento de una serie de medidas, dictadas con la intención de erradicar este fenómeno. De la mano con la creación de normativa especial sobre la materia, también se han creado diversas estrategias y realizado varias acciones concretas, las cuales están destinadas a asegurar el cumplimiento de estas normas, como la designación de un Alto Comisionado para la Interdicción y Formalización de la Minería Ilegal de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Desde el ámbito penal hemos visto el surgimiento de nuevos tipos penales, emitidos al amparo del Decreto Legislativo N° 1102, tales como el delito de Minería ilegal, del financiamiento a la minería ilegal, el tráfico de insumos químicos y maquinarias destinados a la minería ilegal, entre otros. La inclusión de estas normas en el Código penal demuestra la importancia que el presente problema tiene en nuestra realidad nacional; sin embargo, las mismas resultan insuficientes para combatir el problema.

B. Objeto de protección

Las normas jurídicas –vistas en relación con el objeto de protección- no son más que instrumentos a través de los cuales la sociedad desea que las personas realicen, o se abstengan de realizar, una acción determinada³². El objeto de protección constituye la esencia misma de una norma penal, pues él fija los contornos de la interpretación que se realizará al tipo³³. Por ejemplo, en el delito de conducción en estado de ebriedad, el objeto de protección es la seguridad vial o la seguridad en el tráfico, lo que delimita el ámbito objetivo de acciones que pueden ser consideradas como afectaciones o puestas en peligro de este objeto de protección y, por tanto, subsumibles en el mencionado tipo penal. Es por ello que acciones como la conducción en estado de ebriedad en una zona absolutamente desértica, no pueden generar una acción sancionable, porque la acción no afectó de modo alguno la seguridad en el tráfico, ni la puso en peligro. Asimismo, por un fundamento similar, tampoco sería sancionable el conducir en estado de ebriedad al interior de un circuito de carreras que pertenezca al conductor, pues en este caso tampoco se pone en peligro

³² Sobre este dilema: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos sobre la discusión actual de la teoría de las normas”. En: *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 15 -39.

³³ Es necesario precisar que existe una sutil distinción entre el objeto de protección delimitado por la norma penal y las expectativas normativas que emanan de ella. La norma penal, en términos de LUHMANN, es la “expectativa de conducta que se estabiliza inclusive en contra de los hechos (contrafácticamente)” (Cfr. LUHMANN, Niklas, *El derecho de la Sociedad*, 2ª Ed. en español, trad. Javier Torres Nafarrete, Herder & Universidad Iberoamericana, México, 2005, p. 191). La interacción social sólo es posible cuando existen expectativas, de ahí que su estabilización es menester de todo el ordenamiento jurídico, pero –en caso de defraudaciones a expectativas que definen a una sociedad- compete sólo al Derecho penal (Cfr. LESCH, Heiko, *La función de la pena*, trad. Javier Sánchez – Vera, Universidad Externado de Colombia - CIFD, Bogotá, 1999, p. 11-71.).

a un tercero, sino que la persona mantiene el riesgo dentro de su esfera de competencias.

El objeto de protección del delito de minería ilegal es, a nuestro entender y sobre la base de una interpretación sistemática de la norma, el medio ambiente. El legislador ha creado este tipo para reprimir las acciones mineras, no autorizadas, que afectaran al medio ambiente o a sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Por muy discutible que sea este objeto de protección (en términos de su definición), es el que se ha adoptado por el legislador peruano, el cual podemos apreciar que tiene mucha similitud con el tipo penal de contaminación ambiental.

En el plano estricto de la dogmática no es posible una interpretación alternativa del tipo penal, pues la técnica de tipificación y los elementos del tipo no dejan duda que el objeto de protección es el medio ambiente. Distinto hubiera sido el supuesto si no se lo hubiera considerado dentro del capítulo de delitos contra el medio ambiente, o si la técnica de tipificación hubiera sido distinta y se lo hubiere tipificado como un delito de peligro abstracto.

La presente afirmación puede ser comprobada si es que observa atentamente la distinción entre un minero informal y uno ilegal. La minería, en sí misma, es una actividad económica lícita y es permitida siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico. El incumplimiento de estos requisitos impide a la persona el inicio o la continuación de un acto minero. Si la persona, en contravención con la normativa vigente, inicia o continúa con la actividad minera, realiza una actividad estrictamente informal. Este fenómeno es abarcado ya por el Derecho administrativo, el cual prevé una serie de sanciones para la persona que realice esta conducta. Lo que torna en ilegal la conducta, y a nuestro entender difiere de las consideraciones hechas por un sector de la doctrina³⁴, es el daño efectivo, o potencialidad de causación, del acto minero en el ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental: y, no su realización en zonas prohibidas o utilizando instrumentos pesados como dragas.

De esta forma, consideramos que el género al que pertenecen todos aquellos mineros que realizan la actividad, sin contar con la autorización administrativa, es el de los mineros informales. De este género existen dos

³⁴ IPENZA PERALTA, César, *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal*, SPDA, Lima, 2012, p. 31 – 35. El presente autor realiza una descripción de la distinción entre la minería ilegal y la minería informal, sobre la base de los Decretos Legislativos emitidos para luchar contra la minería ilegal. Aunque no lo señala expresamente, deja a entender que –sobre la base del DL. 1105- el ilegal es quien realiza su actividad en zonas prohibidas, mientras que el informal la realizaría en zonas no permitidas.

grupos, diferenciados por el daño causado por su actividad: a) los mineros informales en sentido estricto, quienes con su actividad no generan un daño al medio ambiente, ni se encuentran en potencialidad de generarlo, sino tan sólo realizan su actividad sin contar con la autorización correspondiente; b) los mineros ilegales, quienes con su accionar ocasionan o pueden generar un daño ambiental. Asimismo, cabría una distinción entre los mineros ilegales, entre aquellos que realizan una conducta simple, y, aquellos que realizan una conducta agravada.

Finalmente, como clara evidencia de que el objeto de protección es el medio ambiente y no la proscripción de la actividad en sí misma, el Legislador ha ubicado a este delito y a los delitos conexos a él, en el Título XIII del Libro Segundo del Código penal, específicamente dentro del capítulo de delitos de contaminación. Con ello, queda claro que el objeto de protección de estos delitos debe estar íntimamente vinculado a la proscripción de la contaminación ambiental y no de la minería ilegal en sí misma. No obstante, pareciera que la vigente regulación se encuentra orientada a la interdicción de la minería ilegal, como si dicho acto fuera un fin en sí mismo, perdiendo de vista el real horizonte: la evitación de actos de contaminación.

C. Conducta típica

Tal como lo señaláramos anteriormente, el delito de minería ilegal se encuentra intrínsecamente vinculado a la contaminación ambiental. De ahí que su estructura típica, se encuentre relacionada directamente al acto de contaminación ambiental. El tipo base tiene tres elementos normativos centrales que lo conforman:

a) la realización de un acto minero

b) el no contar con la autorización de la entidad administrativa

c) el daño potencial o efectivo al medio ambiente

1. El acto minero

El acto minero, en sentido amplio, puede ser definido como toda acción dirigida a la obtención final de un mineral. El tipo penal, acertadamente, no delimita cual es el espectro de actos mineros que son punibles, sino que establece un catálogo semi-abierto de actividades donde puede concretarse. Es el caso de la exploración, la extracción y la explotación. Asimismo, por eso el carácter de semi-

abierto, establece que es posible la inclusión de otros actos similares. Dicha expresión debe ser interpretada en función al fin último de la actividad minera: la obtención de un mineral en un estado que pueda ser comercializado.

Un aspecto problemático que es necesario tener en consideración, sobre todo de cara a la interpretación del tipo penal es la aparente ausencia de tipificación de los actos de beneficio. La norma penal, expresamente, no señala que estos actos sean reprimidos. Al respecto, existen dos posibilidades de incluirlos en el ámbito objetivo de conductas reprimidas, la primera es considerar que están incluidos dentro del término “u otros actos similares”; o, considerar que sean incluidos dentro de la explotación, dando una interpretación extensiva a este término.

La acción minera se distingue de las otras actividades extractivas porque se dirige a la obtención de minerales. Acertadamente la normativa penal establece esta finalidad última al señalar que estas actividades tienen como objeto la obtención de recursos minerales. Con esta delimitación evita que se pueda confundir con otros recursos naturales también valiosos, pero –por razones técnicas- mucho más difíciles de extraer, como es el caso de los hidrocarburos.

Finalmente, la norma señala adecuadamente que son abarcados todos los tipos de minerales, tanto los metálicos (oro, plata, zinc, cobre, entre otros) como los no metálicos (azufre, yodo, litio, sal, entre otros). Es necesario resaltar que este elemento normativo debe ser leído en concordancia con el perjuicio típico, pues no necesariamente la extracción de alguno de los minerales antes mencionados puede implicar una puesta en peligro al medio ambiente o sus componentes.

2. La autorización administrativa

La actividad minera siempre realiza una modificación en el medio ambiente, lo que conlleva un gran riesgo de contaminación ambiental. Actividades que parecerían inocuas como un acto de exploración, son en realidad susceptibles de ser contaminadoras, como es el caso de una exploración que pusiera en contacto un cuerpo de agua con un determinado mineral, produciendo como consecuencia de ello un ácido.

Para atenuar este riesgo ambiental la administración requiere al productor una serie de condiciones para autorizar un acto minero. Las condiciones varían en función del tipo de actividad minera que se desee realizar, no son los mismos requisitos los solicitados a quien realiza

minería artesanal o pequeña, que aquellos que son solicitados a quien realiza mediana y gran minería; y, el acto minero en concreto. La razón de dicha distinción radica en la potencial afectación al medio ambiente por parte de la actividad minera, pues se considera que las actividades menores son menos dañinas. Si bien dicho enfoque es, casi siempre correcto, un enfoque de real protección al medio ambiente debería tener en consideración al daño potencial al medio ambiente y no al nivel de la actividad desplegada por la persona.

En un esquema sectorial como el nuestro, la actividad minera requiere de autorización del Ministerio de Energía y Minas para poder operar formalmente. Sin embargo, no sólo requiere permisos y autorizaciones de dicha entidad, sino que –en función de la actividad y el sector involucrado- puede requerir autorizaciones de otros sectores como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, o el Ministerio de Agricultura, o de entidades adscritas. Tal como puede apreciarse, son una serie de requisitos los que una persona ha de cumplir antes de efectuar el acto minero.

Ahondando en el debate que se puede formar en torno a este elemento normativo pensemos en el caso de a las actividades no autorizadas a personas autorizadas. Por ejemplo, una empresa minera formal realiza un acto de extracción en lugares donde no contaba autorización; una empresa que realiza una actividad de exploración pero que no contaba con un plan de cierre. Desde nuestro de vista, sólo podrían ser considerados actos de minería ilegal, si es que estas actividades causan, o pudieron causar, un daño al medio ambiente, no por la mera realización de una actividad, ya que lo sancionado no es la actividad en si misma, sino la afectación al medio ambiente.

Mucho más polémico sería el caso donde el funcionario público hubiera emitido un acto administrativo que autorizase la actividad pero que, por diversas razones, dicho acto fuera nulo. Al respecto, la satisfacción de este elemento del tipo –a nuestro entender, dependerá de la intervención del administrado en la decisión de la administración. Si el primero es el causante de una nulidad, por un acto de corrupción por ejemplo, entonces se debería considerar que su actividad es nula. Si el acto no depende de una acción realizada por el administrado y escapa a su esfera de competencias, y depende sólo de un factor de nulidad imputable a la administración, entonces no se debe considerar que su acción configura este elemento del tipo.

El último aspecto abordado nos da pie a un debate muy actual en torno a este delito: la declaración de compromisos. Si este documento

tiene o no el valor de una autorización administrativa y que, por tanto, permitiría operar al minero ilegal. Somos de la opinión categórica de que este acto no puede ser considerado como una autorización para operar. La única autorización válida para ello es el permiso de inicio de operaciones, el cual autoriza el comienzo de la actividad minera. La declaración de compromisos sólo es un documento que da fe de la voluntad del administrado de formalizar su actividad, mas no es un documento que lo autorice a realizar la actividad.

Se sostiene que la existencia de un minero en el marco de un proceso de formalización impediría su interdicción; sin embargo, ello no es preciso. Una interdicción penal es un acto de proscripción de una actividad delictiva, por ejemplo, la interdicción de una planta de procesamiento de cocaína o la intervención de un local donde se explota sexualmente a menores de edad. En el caso de la interdicción en minería ilegal, el objeto de la misma es que se evite la continuación de una actividad que afecta al medio ambiente. Por ende, si el minero realiza un acto minero que afecta al medio ambiente, pese a tener una declaración de compromisos, será susceptible de ser interdictado penalmente.

3. El daño, potencial o efectivo, al medio ambiente

El tercer elemento en este delito es que la acción de minería ilegal afecte o pueda causar un perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Se trata de un delito de peligro concreto o de resultado, según el nivel de consumación de la acción. Para que esta se produzca tan sólo basta que el acto minero no autorizado, potencialmente, pueda afectar a uno de los elementos antes dicho. No es necesario que se produzca el resultado, la sola acción peligrosa (comprobable *ex post*), es suficiente para consumir la acción.

Según la norma, el objeto sobre el que recae la acción peligrosa es el medio ambiente o sus componentes, la calidad ambiental y la salud ambiental. Por medio ambiente o sus componentes, se entenderá al conjunto de elementos que conforman un ecosistema determinado, cuya normalidad se ve alterada por la acción, la misma que no necesariamente se encuentra vinculada a una acción de contaminación ambiental, sino que puede implicar una afectación a un paisaje por ejemplo. La calidad ambiental es mucho más específica, pues hace referencia a la fijación de un estándar de presencia de un agente contaminante en un determinado cuerpo, por lo que presupone que el Estado ha normativizado cuál es la presencia

máxima del contaminante. En este caso, claramente, la referencia al efecto contaminante de la acción ambiental, resulta más que evidente. Finalmente, el último elemento previsto (salud ambiental), es el que resulta de más dificultosa interpretación. La salud es el estado de bienestar físico y psicológico que tiene una persona, sea de forma individual o colectiva. Ateniéndonos a una interpretación sistemática de la salud, podemos entender que la misma sólo ha sido restringida a las personas naturales, por lo que salud ambiental deberá ser entendido como el conjunto de condiciones necesarias para que una población pueda vivir sin que su estado de bienestar sea alterado.

La actual norma, siguiendo lo establecido en el delito de contaminación ambiental, considera que el daño ambiental se pueda concretar en los tres elementos antes descritos. Desde nuestra perspectiva, teniendo en consideración que el medio ambiente es el objeto de protección, hubiera sido suficiente que se considere que el daño ambiental se sintetice en el medio ambiente o sus elementos. Las otras dos formas de concreción, vale decir la calidad ambiental o la salud ambiental, pudieron considerarse como formas agravadas de daño ambiental. Asimismo, implícitamente, pueden entenderse como formas de afectación al medio ambiente y a sus elementos, por lo que bastaría el primer elemento para hacer efectivo este delito.

D. Agravantes

1. La realización de la actividad en zonas prohibidas para la actividad minera

La actividad minera no puede ser realizada en todo lugar, existen zonas especialmente sensibles donde, como paso previo a la realización del acto minero, requieren de un estudio de compatibilidad o *per se* la actividad minera se encuentra prohibida al interior de ellas. El más claro ejemplo, es el de los parques nacionales, los cuales son zonas de uso indirecto y no permiten la realización de actividades mineras, sobretodo en zonas de protección estricta. El no uso de la zona tiene dos fundamentos: a) la necesidad de conservar *in situ* un sector determinado de la biodiversidad; b) el gran impacto generado por la actividad minera en el ecosistema protegido.

La interdicción de la realización de actividades mineras ilegales en las ANP's se encuentra ya sancionadas en la siguiente agravante. Ante ello, subsiste una duda: ¿Cuáles son entonces las zonas donde la actividad minera se encuentra prohibida? La respuesta se centra en

dos zonas esenciales: las zonas de amortiguamiento y las zonas reservadas.

Una zona reservada es un espacio geográfico determinado, el cual está sujeto a catalogación pues se va a transformar en un ANP; sin embargo, no se tiene la certeza de cuál tipo de ANP será, por lo que se han de realizar estudios en esta área para efectuar dicha catalogación. Las zonas reservadas no llegan a ser consideradas como ANP's, pero han de ser tratadas como tales. Una zona de amortiguamiento es el espacio geográfico que es cercano a un ANP y que es necesario para que sus ecosistemas puedan seguir existiendo con normalidad.

La realización de actividades mineras no es *per se* prohibida en cualquiera de esas zonas, sino que se encuentra sujeta a los mismos requisitos de un área de uso directo. Vale decir, para casos de actividades preexistentes se respetan los derechos previos, siempre y cuando los mismos sean compatibles con los fines de ambas zonas. En caso de actividades posteriores a la creación, estas se encuentran sujetas a un estudio de compatibilidad que es realizado por el Servicio Nacional de Administración de Áreas Naturales Protegidas, que verificará si la actividad minera es o no compatible con el uso de la zona.

No sólo estas dos zonas son las posibles de considerar como lugares donde la actividad minera se encuentra prohibida. También lo serán todas aquellas zonas que, según lo determine la legislación, tengan una finalidad determinada, como es el caso de las zonas arqueológicas, las urbanizaciones, los terrenos que tienen un uso agrícola, entre otros. En estos casos no existe una prohibición expresa de la actividad minera; sin embargo, al ser zonas que tienen usos determinados, existe una prohibición general de realizar actividades distintas al fin determinado.

2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas e indígenas

- **Las áreas naturales protegidas**

Las áreas naturales protegidas tienen un único y claro fin: proteger la biodiversidad. Es posible que existan valores asociados que pretendan ser protegidos con ella; sin embargo, no puede concebirse su creación con un fin distinto (Vgr. La creación de una frontera viva o el combate contra una actividad ilícita). Para el

cumplimiento correcto de este fin el Estado delimita un espacio geográfico, el cual se dedicará exclusivamente al fin antes mencionado, y, en algunos casos incluso se llegará a prohibir la realización de ciertas actividades (Vgr. Parques nacionales)³⁵ o limitarla (Estudio de compatibilidad para la realización de una determinada actividad económica)³⁶, y a imponer una carga sobre la propiedad preexistente a su creación³⁷.

Si bien toda ANP constituye una unidad, ello no significa que todo el espacio en su interior tenga un mismo uso. El ANP puede ser zonificada y a cada zona podría asignársele un uso distinto. De acuerdo al art. 23 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, al interior de un ANP pueden converger todas las siguientes zonas: zonas de protección estricta³⁸, zonas silvestres³⁹, zonas de uso turístico y recreativo⁴⁰, zonas de aprovechamiento directo⁴¹, zonas de uso especial⁴², zonas de recuperación⁴³ y zonas histórico – culturales⁴⁴.

³⁵ El objeto de la protección penal de un ANP, sobretudo en áreas de uso indirecto y más aún en las zonas de protección estricta, puede proscribir la realización de todo tipo de actividad al interior de esta zona del ANP.

³⁶ La realización de un tipo de actividad, *per se*, no se encuentra prohibida, sino tan sólo se encuentra limitada a una serie de requisitos, de los cuales destaca el estudio de compatibilidad que se analiza en función de la naturaleza de la actividad, el plan maestro y la zonificación de la misma. Un ejemplo claro de esta actividad son los hidrocarburos, cuya extracción no es prohibida, sino que está sujeta a una serie de parámetros. Para un mayor detalle ver: CALLE VALLADARES, Isabel y BREHAUT, Iván, *Manual para autoridades: Superposición de lotes de hidrocarburos con áreas naturales protegidas*, SPDA, 2007, pp.08 – 34.

³⁷ La propiedad preexistente a la creación de un ANP se limita en un solo punto: la transferencia, pues el propietario está obligado a dar al Estado la opción de compra del predio que desee vender, para que este pueda ejercer su derecho de retracto. El Estado tendrá 30 días desde que el particular le comunica de su decisión de venta.

La constitución de un ANP es una limitación al derecho real de uso, la misma que es inscribible en los Registros Públicos. Lo inscribible es la carga de la utilización del predio, la cual no es la no afectación de los fines con los cuales fue creada el ANP.

Para un mayor detalle sobre la limitación a la propiedad en un ANP, aunque sobre la base de la experiencia comparada, puede verse: GONZÁLES PORRAS, José Manuel, “Los límites a los derechos de propiedad en los parques naturales y otros espacios protegidos”. En: *Boletín de la Real Academia de Córdoba, de ciencias, de letras y de bellas artes*, N° 151, Real Academia de Córdoba, de ciencias, de letras y de bellas artes. Córdoba, 2006, pp. 255-258.

³⁸ Art. 23.a: “Zona de Protección Estricta (PE): Aquellos espacios donde los ecosistemas han sido poco o nada intervenidos, o incluyen lugares con especies o ecosistemas únicos, raros o frágiles, los que, para mantener sus valores, requieren estar libres de la influencia de factores ajenos a los procesos naturales mismos, debiendo mantenerse las características y calidad del ambiente original. En estas Zonas sólo se permiten actividades propias del manejo del área y de monitoreo del ambiente, y excepcionalmente, la investigación científica.”

³⁹ Art. 23.b: b. “Zona Silvestre (S): Zonas que han sufrido poca o nula intervención humana y en las que predomina el carácter silvestre; pero que son menos vulnerables que las áreas incluidas en la Zona de Protección Estricta. En estas zonas es posible, además de las actividades de administración y control, la investigación científica, educación y la recreación sin infraestructura permanente ni vehículos motorizados.”

⁴⁰ Art. 23.c: “Zona de Uso Turístico y Recreativo (T): Espacios que tienen rasgos paisajísticos atractivos para los visitantes y, que por su naturaleza, permiten un uso recreativo compatible con los objetivos del área. En estas zonas se permite el desarrollo de actividades educativas y de investigación, así como infraestructura de servicios necesarios para el acceso, estadia y disfrute de los visitantes, incluyendo rutas de acceso carrozables, albergues y uso de vehículos motorizados.”

⁴¹ Art. 23.d: “Zona de Aprovechamiento Directo (AD): Espacios previstos para llevar a cabo la utilización directa de flora o fauna silvestre, incluyendo la pesca, en las categorías de manejo que contemplan tales usos y según las condiciones especificadas para cada ANP. Se permiten actividades para la educación, investigación y recreación. Las Zonas de Aprovechamiento Directo sólo podrán ser establecidas en áreas clasificadas como de uso directo, de acuerdo al Art. 21 de la presente Ley.”

⁴² Art. 23.e: “Zona de uso Especial (UE): Espacios ocupados por asentamientos humanos preexistentes al establecimiento del Área Natural Protegida, o en los que por situaciones especiales, ocurre algún tipo de uso agrícola, pecuario, agrosilvopastoril u otras actividades que implican la transformación del ecosistema original.”

Dada la especial relevancia de un ANP para la protección de la biodiversidad, es que las mismas gozan de una protección penal más intensa, lo que evidentemente justifica que una actividad de minería ilegal al interior de las mismas sea mucho más reprochable y por tanto sea una conducta agravada.

- **Tierras de comunidades campesinas, nativas e indígenas**

El acto minero ilegal puede ser realizado en zonas de especial protección, las cuales no pertenecen al estado, sino a particulares con personería jurídica propia (Comunidades campesinas y nativas). Al respecto, es necesario detallar que ha de interpretarse por dichos elementos normativos. El concepto de comunidad es un grupo humano asentado en un espacio geográfico determinado, que tiene un nexo cultural común. Este concepto, al coincidir con el de asentamiento tradicional y originario en un lugar, forma la esencia de lo que es el género de pueblo indígena u originario. Vale decir, todo aquel pueblo que –asentado en un lugar- pertenece a un grupo étnico determinado y comparte una cultura en común, la cual data desde hace mucho tiempo.

Estos pueblos preexisten a su calificación jurídica y tienen una connotación más sociológica que jurídica. Los mismos adquieren personería, y asociado a ella derechos sobre ciertos bienes como la tierra que poseen, desde la Constitución de 1979, la cual reconoció la categoría de comunidades campesinas y nativas. Ambos adquirieron el status de personas jurídicas y por tanto, se convirtieron en sujetos de derechos y deberes colectivos.

La distinción entre ambas categorías es el lugar del asentamiento, lo que también identificaría su relación con los procesos productivos. Las comunidades que se asentaron en los andes y ciertas zonas de la costa, se denominaron como comunidades campesinas. Las comunidades que se asentaron en la selva se han venido a denominar como comunidades nativas.

⁴³ Art.24.f: “Zona de Recuperación (REC): Zona transitoria, aplicable a ámbitos que por causas naturales o intervención humana, han sufrido daños importantes y requieren un manejo especial para recuperar su calidad y estabilidad ambiental, y asignarle la zonificación que corresponde a su naturaleza.”

⁴⁴ Art.24.g: “Zona Histórico-Cultural (HC): Define ámbitos que cuentan con valores históricos o arqueológicos importantes y cuyo manejo debe orientarse a su mantenimiento, integrándolos al entorno natural. Es posible implementar facilidades de interpretación para los visitantes y población local. Se promoverán en dichas áreas la investigación, actividades educativas y uso recreativo, en relación a sus valores culturales.”

El tercer elemento, el de comunidades indígenas, no tiene una definición normativa exacta, pues la concreción normativa de las poblaciones indígenas son las comunidades campesinas y las nativas. No obstante, es posible considerar como comunidades indígenas a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Este grupo humano no tiene un lugar especial de asentamiento, por lo que en sentido estricto no posee un espacio geográfico que pueda considerarse propio. El estado reconoce su capacidad de autodeterminación y los protege del contacto no deseado, para lo cual crea reservas territoriales en las cuales estas poblaciones tienen su área de influencia. Dicho estatus es provisional, pues en el momento que decidan asentarse podrán convertirse en una comunidad nativa o campesina.

En cualquiera de los tres casos un elemento central es el reconocimiento jurídico del status por parte del Estado, de forma previa a la realización de la actividad delictiva. En el caso de la comunidad campesina o comunidad nativa, deberá ser reconocida la personalidad jurídica de la comunidad y su territorio deberá estar geográficamente delimitado. En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, la acción sólo se realizará si el acto minero ilegal tiene lugar en una reserva nacional creada antes de su realización, pues sólo a partir de dicho acto administrativo existe el deber de respeto sobre este espacio geográfico.

3. Utilizando dragas, artefactos u otros similares

La draga es una máquina que succiona materiales de los lechos de un río, los cuales son la base para la extracción del mineral contenido en ellos. La definición de que artefactos son los que se refiere la presente norma puede ser encontrada en el D.L. N° 1100, el cual señala -en su artículo, numeral 1- que son:

- Las unidades móviles o portátiles que succionan materiales de los lechos de ríos, lagos y cursos de agua con fines de extracción de oro u otros minerales.
- Draga hidráulica, dragas de succión, balsa gringo, balsa castillo, balsa draga, tracas y carancheras.
- Otros que cuentan con bomba de succión de cualquier dimensión y que tengan o no incorporada una zaranda o canaleta.
- Cualquier otro artefacto que ocasione efecto o daño similar.

Es evidente que esta agravante tiene un sector de la minería al cual va dirigido exclusivamente: la minería aluvial. En el caso de la minería de socavón o a de tajo abierto, no son requeridas las dragas para su actividad, pues el mineral se extrae de vetas. En el caso de la minería aluvial el mineral se extrae de los ríos o cualquier otro cuerpo de agua que contenga acumulación de estos recursos naturales. Para hacer una extracción mucho más grande se utilizan estos artefactos, los cuales aumentan la capacidad de producción del minero ilegal, de la mano que causan un daño ambiental mucho mayor.

4. Utilización de instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud, u, el patrimonio de las personas

En la presente agravante se sanciona el uso de instrumentos altamente peligrosos. Sobre estos, no existe una definición taxativa, dando un amplio margen al juzgador para subsumir dentro de esta agravante a todo objeto u instrumento peligroso. Cabe señalar que dicha interpretación tiene un límite muy adecuado: que el instrumento sea susceptible de poner en peligro la vida, la salud, u el patrimonio de las personas.

Esta es una conducta de peligro, dado que no es necesario que el instrumento utilizado haya causado un daño, sino que basta la potencialidad del mismo para configurar la acción delictiva.

Un supuesto sumamente interesante podría ser la utilización de explosivos no autorizados por parte del minero ilegal, como es el caso de la dinamita. En este caso, podría considerarse que la acción sólo debería ser subsumida dentro del delito de minería ilegal agravada, mas no configuraría otro delito. Desde nuestra perspectiva, esto no es preciso, dado que la persona habría configurado con su acción un doble delito: el delito de tenencia de materiales explosivos, que se justifica por el almacenamiento de dinamita sin contar con la autorización correspondiente; y, el delito de minería ilegal agravada, siempre y cuando el acto minero no autorizado se hubiere concretado o podido concretar en un daño ambiental, para lo cual se hubiera utilizado dicha dinamita.

5. Si se afectan sistemas de irrigación u aguas destinadas al consumo humano

La minería, necesariamente, requiere de agua para poder realizar sus procesos productivos. Existe en torno al agua utilizada un procedimiento para tratar el agua utilizada en estos procesos. En el caso de la minería

ilegal, por lo general, el minero ilegal no realiza el tratamiento de las aguas que utiliza, lo cual evidentemente puede causar un daño al medio ambiente, en función al tipo de procedimiento utilizado.

El uso de las aguas, al interior del territorio nacional, precisa de la autorización de la Autoridad Nacional del Agua, la misma que es la entidad estatal con capacidad de disposición en torno a ella. No toda agua se encuentra destinada al consumo humano, aunque pueda ser apta para tal, sino sólo un grupo específico de aguas es el que se dedica al mismo.

La presente agravante también comprende la afectación de sistemas de irrigación, como consecuencia del acto de minería ilegal. Para ambos supuestos será necesario acreditar que el minero ilegal conocía que el vertimiento que realizaba iba a recaer en un cuerpo de agua que tuviera cualquiera de los dos mencionados usos. No bastará que una población de un uso determinado a un cuerpo de agua, sino que dicho uso deberá corresponder con la categorización realizada por el ANA.

En ambos casos, tanto en lo referente a sistemas de irrigación, como a las aguas destinadas al consumo humano, se requiere una afectación real. La norma no precisa que se ha de entender por una afectación real; sin embargo, sobre la base de una interpretación sistemática que parta sobre el esquema del delito de contaminación ambiental, debe considerarse que una afectación es la superación de un límite máximo permisible, o, la superación del estándar de calidad de ambiental del cuerpo de agua. Al realizar estas acciones deberá comprobarse que el cuerpo de agua posee un cuerpo, sobretodo metálico, en proporciones que impidan que las mismas puedan seguir prestando el uso para el que habían sido destinadas.

6. Aprovechamiento de la condición de funcionario público o servidor público

El funcionario público es aquella persona que ha sido dotado por el Estado de la administración de un sector del poder; mientras que el servidor público es aquel que realiza actividades destinadas a apoyar el correcto ejercicio de la función pública. Ambos, en su respectivo sector, tienen una capacidad de decisión sobre el funcionamiento de la actividad estatal, lo que los pone en una situación de especial ventaja sobre el ciudadano normal.

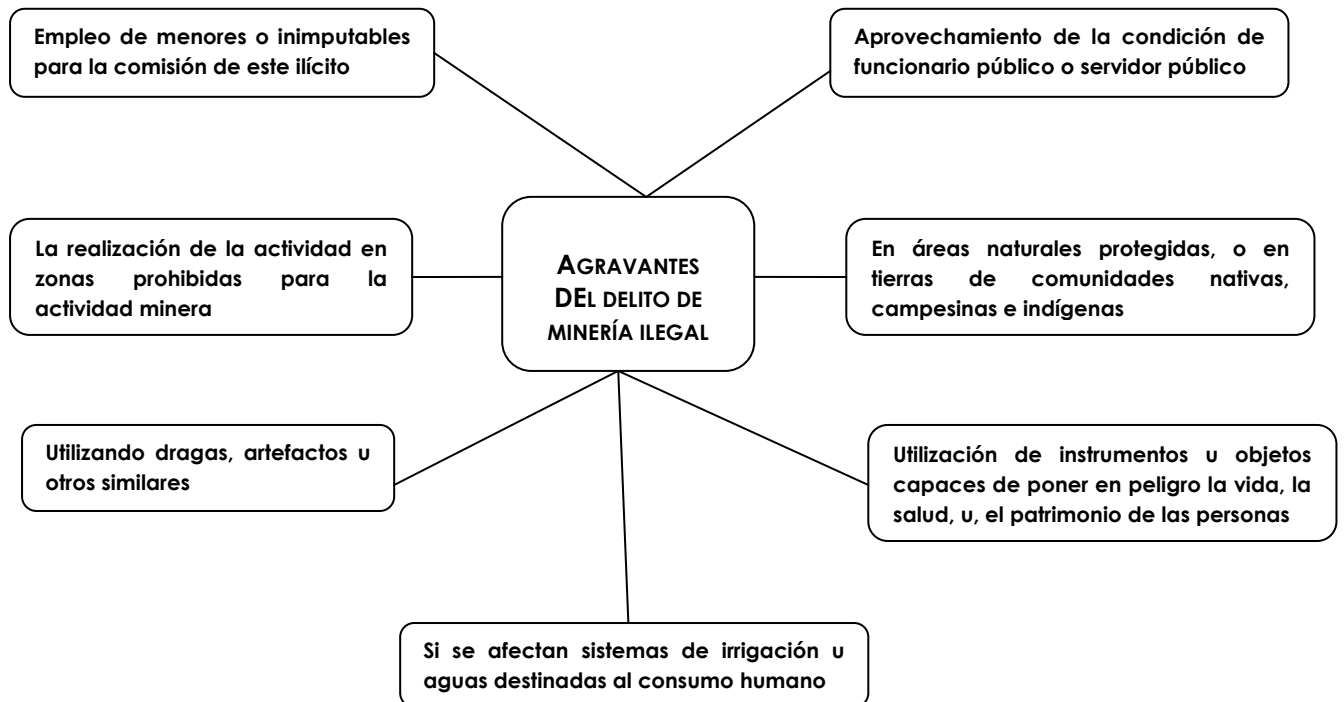
Por ello, en el caso de un funcionario o un servidor, la infracción a sus deberes administrativos, que conlleve a un reproche penal, es mayor, dado que no sólo tienen un deber negativo, sino que claramente también tienen un deber institucional. Por ende, este reproche implicará una mayor sanción penal.

Es necesario distinguir que se sanciona al aprovechamiento del cargo, y no, la realización del acto de minería ilegal en el ejercicio de un cargo. En el primer caso, la conducta requiere que la persona se haya valido del cargo, de cualquier manera, aprovechándose del mismo, para poder realizar el acto de minería ilegal. Por ejemplo, es el caso de aquel funcionario de un Gobierno Regional que evita las fiscalizaciones ambientales en una determinada área, porque en ella operan mineros ilegales a los cuales él dirige. En el segundo caso, no es necesario que el funcionario o servidor usen su cargo, sino por el sólo hecho de tener dicha condición y realizar la conducta, ya son sancionados de forma agravada. Este último supuesto no ha sido previsto en nuestra norma. Un ejemplo de ello es el caso de aquel servidor judicial que por las mañanas trabaja para el Estado, y por las tardes, en sus ratos libres, se dedicara a la minería ilegal.

7. Empleo de menores o inimputables para la comisión de este ilícito

Finalmente, la última agravante es que se utilice a menores o inimputables para la comisión del delito. No existe mayor dificultad en comprender que un menor es aquella persona que es menor de 18 años de edad, dado que el Código penal en el art. 20, numeral 2, exime de responsabilidad al menor de 18 años. Con ello, se cierra un posible debate, proveniente del Derecho civil, en relación a aquellas personas que son menores de 18 años, pero que ya son capaces civiles.

En lo referente al inimputable, la definición del mismo se encuentra dada en el Código penal, el cual en el art. 20, numeral 1. Según esta norma un inimputable es quien tuviere una anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o sufriera alteraciones de la percepción, los cuales afecten su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictivo de su acción o no pueda determinarse según esta comprensión.



E. Delitos conexos

De forma conexas a la proscripción de los actos de minería no autorizados, se crearon tipos penales destinados a evitar la producción del mineral en cualquiera de sus fases, tales como: a) el financiamiento de la minería ilegal, destinado a proveer de fondos al minero ilegal para la realización de su actividad; b) la obstaculización de la fiscalización administrativa, destinada a reforzar la actividad de fiscalización que permita descubrir casos de minería ilegal; y c) el tráfico de insumos químicos y de maquinaria destinados a la minería ilegal, que busca que el acto minero sea más difícil de ser realizado, ante la falta de estos elementos necesarios para esta actividad.

1. El financiamiento de la minería ilegal

La acción típica consiste en proveer de recursos económicos a aquella persona que va a realizar una actividad de minería ilegal. El financiamiento no debe ser entendido, exclusivamente, como el otorgamiento de dinero hacia quien realiza la actividad ilegal. Por el contrario, es posible considerar que cualquier aporte de activos para la realización del acto de minería ilegal podría ser considerado una especie de financiamiento. Por ejemplo, la entrega de maquinarias

para la actividad minera, la entrega de insumos químicos para la separación del mineral, la entrega de herramientas menores para la extracción, entre otros supuestos de entrega de activos a favor del minero ilegal.

Un supuesto que vale la pena mencionar es el del caso de aquella persona que compra un mineral ilegal. ¿Podría considerarse que su acción constituye un acto de financiamiento de la minería ilegal? Al respecto, es posible considerar que el comprador es un financiador, en la medida que es con su dinero que se posibilitará la comisión de una actividad que afecte al medio ambiente. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, ello no es posible porque la financiación es un acto previo con un objetivo determinado: procurar la obtención de un mineral ilegal. El comprador participa en un momento posterior a la realización del acto de minería ilegal, pues cuando adquiere el mineral el proceso productivo se encuentra ya realizado, por lo que no cabría un financiamiento cuando el delito ya se encuentra consumado. En todo caso, si se desea sancionar al comprador, podría proibirse directamente la compra de minerales ilegales o el tráfico de los mismos, tal como hemos propuesto en la primera parte.

2. La obstaculización de la autoridad administrativa

La autoridad administrativa tiene el deber de evaluar, controlar o fiscalizar las actividades mineras realizadas en el territorio nacional. En materia de formalización de minería ilegal la entidad competente para realizar estas acciones es la Dirección Regional de Energía y Minas de cada Región, salvo para el caso de Madre de Dios, la cual tiene un tratamiento diferenciado para esta materia.

La acción básicamente consiste en el impedimento de las acciones antes descritas por parte de una o más personas. De cara al objeto de protección del título de este delito (delitos ambientales), nos encontramos frente a un delito de peligro, dado que el sólo impedimento de que la autoridad realice la acción de control es el que configura la acción típica, sin que sea necesario comprobar que los administrados estaban realizando un acto de minería ilegal que afectara –o pudiera afectar- al medio ambiente. De ahí que la sanción por esta acción sea especialmente elevada, pues no es cualquier desobediencia la sancionada, sino será aquella que se presume hecha para ocultar una acción contaminante.

3. El tráfico de insumos y maquinarias para la minería ilegal

Finalmente, la norma reseñada prevé un último tipo penal, el cual fuera modificado por el Decreto Legislativo N° 1107. Nos referimos al tráfico de insumos químicos y de maquinaria, destinados para la minería ilegal.

En la primera modalidad, la conducta típica es la adquisición, venta, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o almacenamiento de insumos químicos. El primer elemento normativo es la infracción de leyes o reglamentos sobre las conductas antes descritas que regulan a los insumos químicos. Como es conocido, son muchos los insumos químicos que pueden ser utilizados en los procesos de minería; sin embargo, no necesariamente se encuentra reglamentada la realización de cualquiera de las ocho conductas antes descritas. Por ende, ante la inexistencia de reglamento de la materia, existirían insumos químicos que pueden ser destinados a la minería, pero si una de las ocho conductas descritas, no se encuentra regulada, entonces la persona que la cometa no realizará una acción típica de tráfico de insumos químicos.

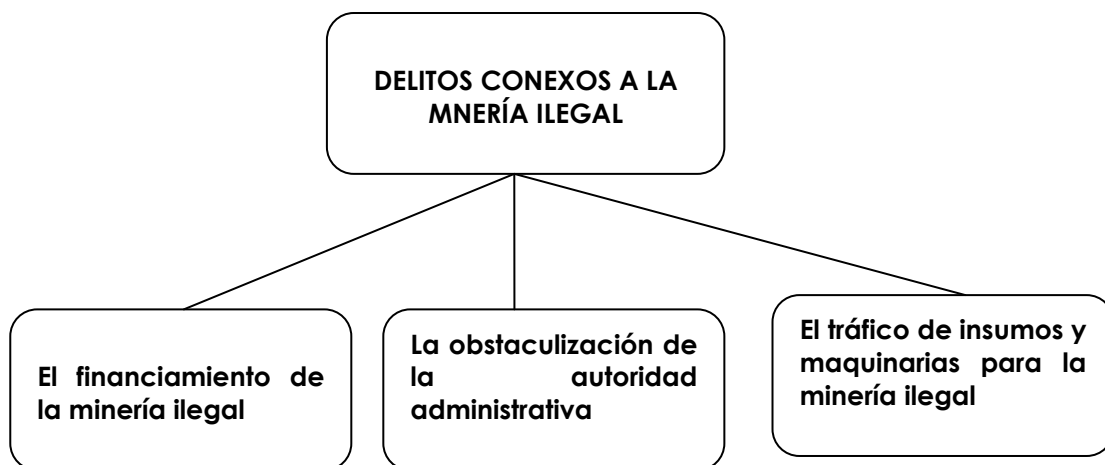
Desde nuestro punto de vista, esta redacción debería variar sustancialmente, dejando de lado la necesidad de que se regule previamente, en una ley o reglamento, la realización de cualquiera de una de las 8 conductas sobre un insumo químico determinado. De esta forma, se ampliaría el espectro de conductas sancionadas y se estaría emitiendo una norma más eficaz de proscripción de elementos necesarios para la minería ilegal.

Si bien no se señala cuáles son los insumos químicos que han de ser proscritos, sí se puede entender que serán aquellos que se encuentran en relación directa con la realización del acto de minería. No obstante, a este elemento, debe agregarse que se tratará sólo de aquellos cuyo adquisición, venta, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o almacenamiento se encuentren regulados.

Asimismo, esta modalidad –que es eminentemente dolosa- prevé un elemento subjetivo de trascendencia interna: el propósito del autor de que la acción sobre el insumo químico tenga como destino la minería ilegal.

En la segunda modalidad, la conducta típica es la adquisición, venta, arrendamiento, transferencia o cesión en uso –de cualquier título-, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o almacenamiento de maquinarias, las cuales tiene que tener cómo

finalidad el servir para la realización de una actividad propia de la minería.





LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

1) HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, “El delito de Minería Ilegal”. En: Gaceta Penal & Procesal penal, N° 62, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 165 – 182.

2) LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, “El delito de contaminación ambiental. Comentario a la casación N° 383-2012-La libertad”. En: Actualidad penal, N° 4, Instituto Pacífico, Lima, 2014, pp. 42 – 52.

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- CASO COCHA ALTA.
- Ej. Supr. Cas., N°. 383-2012, Trujillo, S.P.P., ponente: VILLA STEIN.

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD IV



DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES

PRESENTACIÓN

Uno de los más grandes orgullos del Perú es la biodiversidad de nuestro país. Ella se demuestra en la gran concentración en nuestro territorio de diversas especies, tanto de flora como de fauna. Dichas especies no son autónomas, sino que existe una titularidad sobre las mismas, la cual -conforme lo ha señalado la Constitución Política del Perú, en su artículo 66- corresponde a nuestra nación.

Si bien, como integrantes de la nación, tenemos el derecho a acceder a dichos recursos, no somos -per se- propietarios de los mismos. La posibilidad de aprovechar los recursos depende del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley. Aprovechar estos recursos sin contar con la autorización estatal, podría conllevar a la comisión de un delito, siempre y cuando se cumplan las condiciones para ello.

Nuestra legislación, a efectos de evitar una afectación a nuestros recursos naturales a través de un aprovechamiento no autorizado, considera un sector de estas conductas como delictivas. Básicamente, aunque no de forma exclusiva, sanciona aquellas que se refieren al tráfico de los recursos naturales o a los daños directos contra ellos.

En esta sección nos ocuparemos, en primer lugar, de una definición operativa de los recursos naturales, la cual nos servirá para la posterior interpretación que realicemos de los tipos penales de esta materia.

En la segunda, tercera y cuarta sección, nos avocaremos al análisis de los principales tipos penales en esta materia: delitos contra la flora y fauna silvestres y los delitos forestales.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Qué se entiende por recursos naturales?
2. ¿Cuáles son los elementos típicos del delito de tráfico de flora y fauna silvestre?
3. ¿Cuáles son los elementos típicos del delito contra los bosques y las formaciones boscosas?
4. ¿Cuáles son los elementos típicos del delito de tráfico ilegal de especies forestales?

1. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS RECURSOS NATURALES.

Los recursos naturales pueden ser definidos como bienes o servicios existentes en el medio ambiente sin la intervención del ser humano, pero que tienen utilidad para éste, y por lo tanto son susceptibles de ser valorados económicamente. En nuestra legislación encuentran la máxima regulación mediante el artículo 66 de nuestra Constitución que señala:

“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

De forma similar el artículo 3 de la Ley orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales – Ley N° 26821- define a los recursos naturales como:

“(…) todo componente de la naturaleza susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado (…)”

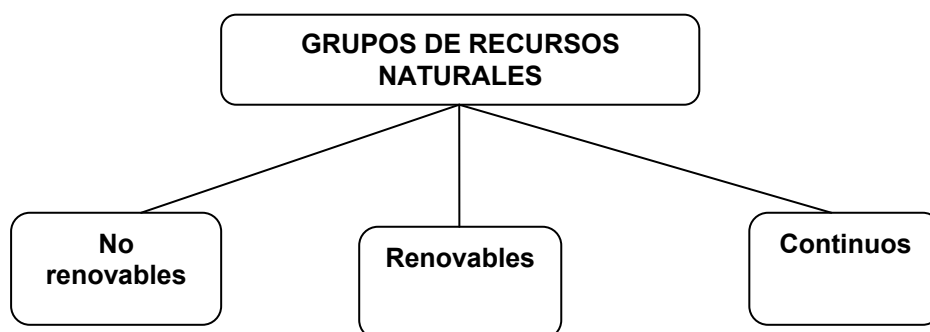
Asimismo, el artículo 84 de la Ley General del Ambiente –Ley N° 28611- se señala que:

“Se consideran recursos naturales a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, conforme lo dispone la ley.”

De la definición legal del texto, son extraídos los siguientes elementos. En primer lugar, un recurso natural es un componente de la naturaleza, el cual puede ser un bien (petróleo, oro, carbón, entre otros) o un servicio (provisión de agua, retención de carbono, entre otros). En segundo lugar, estos componentes tienen como característica, el ser de utilidad para el ser humano. El concepto de aprovechamiento tiene relación directa con la satisfacción de las necesidades. Finalmente, está el elemento de valor -sea actual o potencia en el mercado- en este punto, se hace referencia a que el bien o servicio puedan suscitar el interés, de forma tal, que alguien pueda o desee pagar por ellos.

Como bien señala LAMADRID UBILLUS⁴⁵, citando a ANDALUZ WESTREICHER, el término **utilidad** resulta ser un indicador muy importante para diferenciar que es, y que no es un recurso natural. Ello tiene sentido si se tiene en consideración a la valoración actual en estrecha conexión al anterior factor.

Los recursos naturales existentes en nuestro medio ambiente pueden ser de tres grandes grupos: **1)** No renovables, es decir aquello que una vez aprovechados no pueden renovarse, amenos no de forma natural o proporcional a su consumo, **2)** recursos renovables, por contraposición a la clase anterior, estos recursos naturales se regeneran fácilmente después de su consumo, y **3)** recursos naturales continuos, se trata de una clase que no es afectada mediante la actividad humana, y por tanto nunca se agotan. Como se advierten por su condición encuentran protección y regulación únicamente los recursos naturales renovables y no renovables.



La actividad humana en general y en especial la que se ejerce para el aprovechamiento de los recursos naturales en alguna medida genera un riesgo para la naturaleza y los propios recursos naturales, por lo que de no ser controlada puede llegar a ser devastadora. El peligro de sobre explotación de los recursos naturales, hasta el punto de su extinción, genera la necesidad de que el ordenamiento jurídico regule las actividades humanas que tratan con la naturaleza; pues, como bien se señala en el artículo 85, inciso 1 de la Ley general del Ambiente:

“El Estado promueve la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales a través de políticas, normas, instrumentos y acciones de desarrollo, así como, mediante el otorgamiento de derechos, conforme a los límites y principios expresados en la presente Ley y en las demás leyes y normas reglamentarias aplicables.”

⁴⁵ LAMADRID UBILLUS, Alejandro, *El derecho penal ambiental en el Perú*, Grijley 2011, Lima, p.260.

Por lo tanto, si bien se entiende que la explotación de los recursos naturales es necesaria para satisfacer las necesidades del hombre, se advierte que el consumo que se realice debe ser sostenible. En ese sentido, también el Tribunal Constitucional se pronunció -en este sentido- de la siguiente manera:

“El uso sostenible de los recursos naturales comporta la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de dicha diversidad, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras. De igual modo, cuando se explotan recursos no renovables, como los hidrocarbúricos, debe cuidarse en no comprometer aquella diversidad biológica.”⁴⁶

Asimismo, en el mismo pronunciamiento, refiere que:

“(…)de una interpretación sistemática del artículo 2º, inciso 22), y de los artículos 66º, 67º, 68º y 69º de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales -especialmente los no renovables-, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto.”⁴⁷

Como se sabe el Derecho penal, es la esfera del ordenamiento jurídico de *última ratio*, reservada para actuar ante infracciones normativas que genera la grave afectación de determinados objetos de protección (bienes jurídicos para la doctrina dominante), como, por ejemplo, -en este caso- el derecho de la sociedad a aprovechar los recursos naturales, claro está, bajo los parámetros exigidos legalmente.

⁴⁶ STC. Exp. N° 03343-2007-PA/TC, caso Bustamante Johonson, Fundamento Jurídico N° 13.

⁴⁷ STC. Exp. N° 03343-2007-PA/TC, caso Bustamante Johonson, Fundamento Jurídico N° 16.

2. EL DELITO DE TRÁFICO DE FLORA Y FAUNA SILVESTRE.

A. Disposición legal

"Artículo 308.- Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre.

El que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta productos o especímenes de especies de flora silvestre no maderable y/o fauna silvestre, sin un permiso o certificado válido, cuyo origen no autorizado conoce o puede presumir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa."

B. Tipo objetivo

El primer punto a analizar en el tipo objetivo es el **objeto de protección** -o bien jurídico según la doctrina mayoritaria-. Una interpretación, conforme lo establece el Título XIII –Delitos ambientales- es el medio ambiente. Esta interpretación sistemática puede ser debatida; sin embargo, este no es el espacio para realizar dicho aporte crítico. Por ello, es necesario encontrar un significado ambiental a la protección de los recursos naturales. De esta forma, podríamos afirmar que el objeto de protección es la estabilidad ecosistemática mediante la conservación moderada y regulada de los recursos naturales, como es el caso de la flora silvestre no maderable o la fauna silvestre protegida por nuestra legislación.

En segundo lugar, en lo referente al **sujeto activo** y el **sujeto pasivo**. El sujeto activo puede ser cualquier persona, pues no se trata de un delito de infracción de deber, sino de un delito de competencia organizacional. Inclusive, tal como lo menciona LAMADRID UBILLUZ, el sujeto activo puede estar accionando dentro de una persona jurídica, supuesto en el que se levantara el velo societario para descubrir a los autores que tengan el dominio social típico⁴⁸. Dado que la titularidad de los recursos naturales es del Estado, es él y sólo él, el sujeto pasivo del presente delito.

En tercer lugar, en análisis de la conducta típica puede disgregarse en dos partes:

⁴⁸ LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, *El derecho penal ambiental en el Perú*, Grijley, Lima, 2011, p.271.

- **Verbos rectores**

Los verbos rectores de la conducta típica son *adquirir, vender, transportar, almacenar, importar, exportar o reexportar*. En todas las acciones citadas, se estaría poniendo en riesgo al ecosistema al realizar la acción, pues se pone en peligro la capacidad de que la especie amenazada pueda regenerarse.

Los objetos fácticos sobre los cuales pueden recaer las diferentes acciones típicas son los productos o especímenes de especies de: a) flora silvestre no maderable y, b) fauna silvestre. Para interpretar qué se ha de entender por especímenes, es necesario remitirnos al artículo 5, numeral 28 del Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI, el cual los define como

“Todo ejemplar de flora o fauna silvestre, vivo o muerto, así como cualquier parte o derivado fácilmente identificable.”

El tipo penal, intencionalmente, hace una distinción tácita entre flora silvestre no maderable y aquella que sí lo es. Sólo la primera es aquella que tiene protección en este tipo penal, pues la segunda tiene una protección penal autónoma. En lo referente a lo que ha de entenderse por fauna silvestre, la aplicación de la definición del art. 6 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, pese a que la misma Ley establezca que esta definición se aplica para efectos de dicha Ley. Sin embargo, ello no obsta que -al ser la Legislación de la materia y el elemento fauna silvestre sea un elemento normativo, deba hacerse una remisión a esta norma, la cual señala que:

“Para los efectos de la presente Ley, son recursos de fauna silvestre las especies animales no domesticadas, nativas o exóticas, incluyendo su diversidad genética, que viven libremente en el territorio nacional, así como los ejemplares de especies domesticadas que, por abandono u otras causas, se asimilen en sus hábitos a la vida silvestre, excepto las especies diferentes a los anfibios que nacen en las aguas marinas y continentales, que se rigen por sus propias leyes. Se incluyen en los alcances de esta Ley los especímenes de fauna silvestre (ejemplares vivos o muertos, huevos y cualquier parte o derivado), los individuos mantenidos en cautiverio así como sus productos y servicios.”

- **Autorización y validez de la misma**

La sola extracción de una de las mencionadas especies, podría no afectar al ecosistema. Los criterios en los cuales ello es decidido son los que la norma establezca y, en ciertos casos, la autoridad decida. Por ende, la regulación típica precisa que, cualquiera de las acciones antes descritas, no será de relevancia penal si cuentan con un permiso o certificado habilitante válido. De ello se desprende que, si existiere un daño al ecosistema, pero este hubiera sido autorizado, entonces carecerá de sanción penal.

Se resalta la validez de estas autorizaciones, en razón de que debe existir una entidad pertinente y legitimada a expedirlas. Esta es una norma penal en blanco, porque el catálogo de permisos y condiciones de validez, no es emitido en la norma penal, sino que es necesario atender a la legislación pertinente sobre la materia. Al respecto, el panorama normativo en este punto es realmente vasto. Un cuerpo normativo central es la Ley Forestal y de Recursos Naturales, al igual que su reglamento.

En el título II del D.S. N° 018-2015-MINAGRI – *Reglamento para la gestión Forestal*, se regulan las instituciones forestales y de fauna silvestre, y la normativa referida a su conservación y utilización; en el Título VII se regulan los títulos habilitantes para el acceso a los recursos forestales, en el Título XIV se precisan las especies forestales, cuya protección incumbe a este tipo penal, es decir, autorizaciones para productos forestales diferentes a la madera. Igualmente, el Título XV regula las autorizaciones de especies ornamentales de flora silvestre.

En el mismo sentido, mediante el D.S. N° 019-2015-MINAGRI se busca regular lo concerniente a la gestión de fauna silvestre. En el Título II de este cuerpo normativo, se señalan a las instituciones encargadas de la gestión de la fauna silvestre; en el título III lo títulos habilitantes que permiten el manejo de la Fauna Silvestre, entre otros títulos normativos que en su conjunto regulan todo lo referido a la fauna silvestre.

C. Elemento subjetivo

El tipo penal que se está analizando no admite una comisión culposa, en tanto señala que el sujeto activo conoce –dolo directo- o puede presumir –dolo eventual- que no tiene la autorización válida expedida por una

autoridad competente, para desarrollar cualquier de las actividades ya analizadas.

D. Modalidades Agravadas

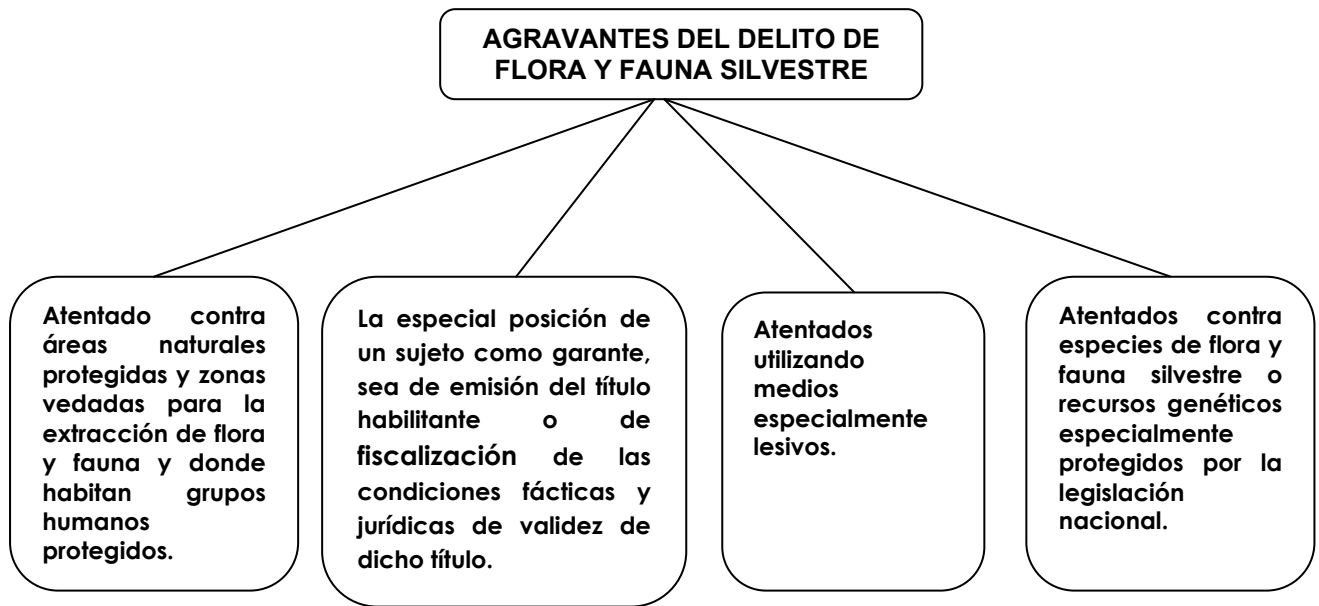
Algunos tipos penales no requieren para su configuración cualidades especiales, tales como que la flora o fauna que se extraiga sin permiso forme parte de un ecosistema de una reserva nacional, o estén dentro de comunidades nativas. Estas conductas han sido excluidas, tácitamente del tipo base, pues dada su especial lesividad, se reserva su sanción como una conducta agravada. Por ello, el legislador ha creado el art. 309 del Código penal, a efectos de 308, 308-A, 308-B y 308-C, los cuales básicamente aumentan la sanción de la conducta prevista en el tipo base.

La primera y segunda agravante es en razón al espacio que se afectó. Se distingue entre áreas naturales protegidas y zonas vedadas para la extracción de flora y fauna. Asimismo, se considera una agravante que el delito sea cometido en zonas que gozan de una especial protección en razón del grupo humano que ahí habita: tierras o territorios en posesión o propiedad de comunidades nativas o campesinas; o, de las Reservas Territoriales o Reservas Indígenas para pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial, según corresponda.

La tercera agravante enfatiza la condición del sujeto activo, señalando que es más reprochable -lo que justifica un incremento de la sanción- que quien realiza la acción tuviera una especial posición de garante sea de emisión del título habilitante, o, de fiscalización de las condiciones fácticas y jurídicas de validez de dicho título.

La cuarta agravante sanciona, con mayor intensidad, la realización del tipo base con medios que sean especialmente lesivos. El tipo penal, para ello, circunscribe estos medios a armas, explosivos y sustancias tóxicas.

Y, por último, se menciona que existen especies de flora y fauna silvestre o recursos genéticos protegidos –especialmente- por la legislación nacional.



3. DELITOS CONTRA LOS BOSQUES Y FORMACIONES BOSCOSAS.

A. Disposición legal

"Artículo 310.- Delitos contra los bosques o formaciones boscosas

"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas el que, sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones."

B. Conducta típica

Como se señaló el **bien jurídico** general que se protege en todo delito regulado en el Título XIII –Delitos ambientales- es -si se sigue una interpretación sistemática- el medio ambiente. Específicamente, la estabilidad del ecosistema mediante el cuidado de los bosques y formaciones boscosas. Los bosques constituyen una parte fundamental de toda sociedad, pues ellos proveen una gran cantidad de servicios ambientales y bienes, los cuales no sólo benefician al medio ambiente, sino a sus interactuantes, como es el caso del ser humano. Así, por ejemplo, ayudan a captar y filtrar el agua de las lluvias –ello evita muchas veces catástrofes como inundaciones-. De igual manera, como es de

conocimiento general que la flora, en especial los bosques por su tamaño y dimensión mitigan los efectos del cambio climático, ayuda al mantenimiento de ecosistemas, a la purificación del aire, entre otros.

El **sujeto activo** del tipo penal contra los bosques y formaciones boscosas no requiere mayor cualidad o cargo. Por tanto, el sujeto activo puede ser cualquiera persona. Acertadamente GARCÍA CAVERO precisa un punto que a veces, inadvertidamente se omite: No podrá ser autor de éste delito quien goce de un título habilitante, salvo claro, se exceda las potestades otorgadas –espacios, cantidades, entre otros-.

El **sujeto pasivo** es la colectividad, el Estado peruano en general, en tanto el bien jurídico que se afecta, es un bien de naturaleza colectiva y él es el titular de los recursos naturales, incluido el bosque en su conjunto.

La acción típica se compone de tres elementos:

- **Verbos rectores**

El tipo penal comentado señala que, se afectara bosques o formaciones boscosas con determinadas acciones: destruir, quemar, dañar o talar -total o parcialmente-. Se establece un *numerus clausus* en torno a las acciones probables que son útiles para la configuración del tipo penal. De estos elementos, el único que puede presentar problemas a efectos de su interpretación es el de daño, pues la norma no hace precisión de si el daño ha de entender al bosque o a las formaciones boscosas como una unidad, o a los elementos individuales que la conforman. Al respecto, una opción interpretativa podría hacer depender la existencia de un daño a la función que el bosque cumple en un determinado entorno. Si se siguiera esta interpretación, podría realizarse una distinción entre el dañar y los otros verbos rectores.

- **Autorización administrativa**

Nuevamente, nos encontramos frente a una norma penal en blanco, pues es necesario remitirnos a la legislación de la materia, que básicamente se encuentra en la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, conjuntamente con su Reglamento. Sin embargo, a ello debe agregarse distinta normativa especial en esta materia.

Un caso muy usual en la práctica es el desbosque. El mismo implica retirar la cobertura boscosa para distintas finalidades, sea para

posibilitar otra actividad (desbosque en sentido estricto) o para dar al suelo un uso distinto (cambio de uso). Si la persona realiza dicha actividad, la misma -pese a que signifique la realización de uno de los verbos rectores- no significará la comisión de un hecho ilícito, dado que se encontrará dentro del riesgo permitido. Al respecto, la Corte Suprema se ha pronunciado -sobre este elemento típico- de la siguiente manera:

“Esto implica la necesidad de la existencia de una autoridad competente para emitir estos permisos; por tanto, es necesario que el ordenamiento jurídico haya otorgado competencia a un funcionario público o institución para emitirlos para determinadas actividades lícitas, caso contrario la conducta será atípica. Los permisos, autorizaciones u otros que se otorguen por la autoridad competente al referirse a acciones que afectan al medio ambiente deben ser detallados, claras, sin ambigüedades y encontrarse previamente reguladas en la normativa pertinente.”⁴⁹

Determinar cuál es la autoridad competente para emitir citados permisos, hace necesario que nos remitamos a normativas extrapenales, como por ejemplo a la ley forestal y de fauna silvestre – Ley N° 29763-.

En el análisis de este elemento objetivo debe aclararse que la nulidad, cancelación o caducidad de cualquiera de los títulos -habilitantes-, configura su imposibilidad de realizar, al menos legalmente, cualquiera acción que afecte o pueda afectar en alguna medida el medio ambiente. Por tanto, en los casos señalados debe actuarse como si el título habilitante no existiera, en la medida que se encuentra viciado.

- **Objeto de la acción**

La acción recaerá sobre dos objetos: bosques, o formaciones boscosas. No es necesario que se trate de elementos que tengan un origen natural, sino como el tipo penal lo establece-coherentemente con la legislación forestal que considera todo tipo de bosque como un recurso natural- puede recaer también sobre plantaciones.

En lo referente a bosque, este elemento es definido en el artículo 5.3 del D.S. N° 018-2015-MINAGRI, como:

⁴⁹ Ej. Supr. Cas., N°. 389-2014, San Martín, S.P.P., F.J. N° 26.

“El ecosistema en el que predominan especies arbóreas en cualquier estado de desarrollo, cuya cobertura de copa supera el %10 en condiciones áridas o semiáridas, o el 2%5 en circunstancias más favorables.”

Asimismo, en los artículos 27 y 28 de la reciente Nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre, se definen las clases de bosques.

C. Elemento subjetivo

Respecto a la tipicidad subjetiva debe señalarse que el delito contra los bosques o formaciones boscosas es un delito doloso, quedando descartada toda posibilidad de interpretar la existencia de una modalidad culposa.

4. EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PRODUCTOS FORESTALES.

A. Disposición legal

Artículo 310-A.- Tráfico ilegal de productos forestales maderables

“El que adquiere, acopia, almacena, transforma, transporta, oculta, custodia, comercializa, embarca, desembarca, importa, exporta o reexporta productos o especímenes forestales maderables, cuyo origen ilícito, conoce o puede presumir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de siete años y con cien a seiscientos días-multa.”

En el delito contra los bosques y formaciones boscosas previamente estudiado, no se hace mención a que la acción típica deba ser cometida con una finalidad específica (Vgr. Construcción de infraestructura, obtención de materia prima, entre otros), a efectos de cometerse dicho delito. Sin embargo, dicha afectación al bosque tiene -en muchos casos- una finalidad clara: la obtención de madera.

Por ello, el legislador ha creado este tipo penal, porque a través de la prohibición de las acciones de comercialización de la madera, se busca la protección del bosque. Ello, en el entendido de que la cadena de comercialización requiere no sólo de la sanción a quien obtiene la madera, sino -a su vez- de la sanción a quien realiza el resto de actos propios de esta cadena.

B. Conducta típica

Entre el tipo penal de tráfico de especies de flora y fauna, y el presente tipo penal, existe una identidad en la estructura. Ello es así, porque ambos sancionan todos los pasos de la cadena de comercialización. No obstante, en este tipo penal, el objeto material de la acción es la madera que es comercializada.

Tanto la legislación nacional, como internacional, regulan el acceso a las especies maderables. Incluso existen organismos como el SERFOR y el OSINFOR, que se encargan del *enforcement* en esta materia. Asimismo, a nivel internacional, también existe protección sobre todo a especies maderables que se encuentra en una mayor situación de vulnerabilidad. Para ello, el instrumento internacional es el denominado Acuerdo Internacional CITES⁵⁰, el cual prevé especies como la caoba, o el cedro, entre otros.⁵¹

No es necesario que la especie maderable tenga una especial protección para que se pueda aplicar este tipo penal. Somos de la opinión que, en la medida que el bosque, al igual que cualquiera de las especies maderables que lo conforman, son patrimonio del Estado, sólo él puede determinar la manera de cómo aprovecharlo. Ello conlleva a una regulación especial sobre la materia, si es que se desea el aprovechamiento de la madera. En caso de no contar con una autorización, que pueda emanar de un acto administrativo o de una situación especial prevista en la normativa pertinente, entonces quien realice cualquiera de los verbos rectores, estaría realizando la acción típica.

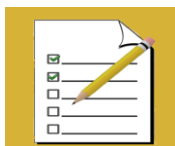
Un ejemplo de acto administrativo habilitante es el otorgado a quien maneja una concesión forestal. Un ejemplo de autorización que emana de la Ley, es el de aquella persona que vive en una comunidad nativa y que, con fines de autoconsumo, utiliza la madera del bosque.

C. Elemento subjetivo

La conducta como en todos los delitos ambientales analizados hasta el momento, es dolosa; es decir, la ejecución del tipo se llevará a cabo con conocimiento y voluntad de su ilicitud y resultado.

⁵⁰ La CITES es un acuerdo internacional concertado entre los gobiernos de 175 países, que tiene como objetivo regular el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres de forma tal que no genere una amenaza para su supervivencia. mediante Decreto Ley N° 21080 del 21 de enero de 1975 el Perú aprobó la suscripción de la convención CITES, ratificándolo el 27 de junio de 1975 y entrando en vigor el 25 de septiembre de 1975.

⁵¹ Véase a más detalle <http://www.minam.gob.pe/diversidadbiologica/wp-content/uploads/sites/21/2014/02/Cat%C3%A1logo-de-Flora.-Especies-CITES-Peruanas-1.pdf>



AUTOEVALUACIÓN

1) ¿Qué son, en sentido normativo, recursos naturales?

2) ¿Todos los recursos naturales se encuentran protegidos penalmente?

3) ¿Todo recurso natural tiene relación con el medio ambiente?

4) ¿Cuál es la diferencia entre el delito contra los bosques y las formaciones boscosas y el delito de tráfico ilegal de madera?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

1) LAMADRID UBILLÚS, Alejandro, "Los delitos forestales". En: Ius puniendi, N° 3, (en prensa).

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- Ej. Supr. Cas., N°. 389-2014, San Martín, S.P.P., Ponente: PARIONA PASTRANA.
- Ej. Supr. Cas., N°. 74-2014, Amazonas, S.P.P., Ponente: PARIONA PASTRANA.

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD V



PRINCIPALES PARTICULARIDADES DEL PROCESO PENAL AMBIENTAL

PRESENTACIÓN

La parte especial presenta una serie de tipos penales, usualmente de no muy larga data, los cuales presentan características comunes entre sí. Tal es el caso de los delitos tributarios, los delitos contra el sistema concursal, o, cómo es nuestra materia, los delitos contra el medio ambiente.

Para graficar estas particularidades, tomamos el caso del pronunciamiento previo de la autoridad administrativa. Al respecto, muchos delitos requieren dicho pronunciamiento, sea para habilitar la formalización de la investigación preparatoria, sea para brindar una aproximación técnica del cumplimiento de la normativa administrativa en el caso concreto, o para emitir una opinión sobre la actuación de un determinado funcionario.

En la presente unidad presentaremos dos de los puntos más relevantes de la configuración procesal de la persecución penal de los delitos ambientales. Nos referimos al informe técnico fundamentado, el cual es un instrumento central en el procesamiento penal de estos delitos, pues -dada la contundencia de su contenido- se vuelve en un instrumento casi vinculante para la labor fiscal o judicial. Por otro lado, un punto también importante sobre esta materia es el referido a las medidas de coerción procesal que se pueden emitir en el ámbito de un proceso penal ambiental, claro está no abordaremos las medidas de carácter personal (comunes a todo proceso), sino aquellas medidas referidas a la acción de la autoridad sobre la actividad realizada y sobre los efectos delictivos.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Qué es el informe técnico fundamentado y cuáles son sus principales características?
2. ¿Cuáles son las principales medidas coercitivas que pueden emitirse en el marco de un proceso penal por un delito contra el medio ambiente?

1. EL INFORME TÉCNICO FUNDAMENTADO.

El Derecho penal actual no es ya más el derecho penal clásico, en el cual la interpretación de los elementos normativos del tipo no requería de un mayor esfuerzo por parte del operador jurídico. Aquellos tiempos donde el homicidio, el robo y la estafa eran parte de los delitos de mayor trascendencia en el seno de una sociedad, son ahora ya muy lejanos⁵². Los nuevos avances de la sociedad moderna han conllevado también a un nuevo tipo de criminalidad y a la necesidad de proteger bienes jurídicos que otrora se desconocía o simplemente no se les prestaba la importancia que tenían⁵³.

Uno de esos nuevos objetos de protección es el medio ambiente, el cual siempre ha existido, pero sólo recientemente –con mayor precisión desde inicios del siglo pasado- ha comenzado a ser valorado y considerado como objeto de tutela para el Derecho en general y para el Derecho penal en particular. De esta forma, las diversas legislaciones a nivel internacional –salvo muy contados casos- han incluido dentro de sus cuerpos normativos al delito de contaminación ambiental, el cual sanciona a todas aquellas conductas que generasen un daño ambiental o que pudieran generarlo.

La creación del delito de contaminación ambiental, sobretudo en un mundo industrial que promueve actividades de mayor impacto en el medio ambiente, es necesaria a efectos de garantizar la existencia de la especie humana. Sin embargo, hasta la fecha incluso, no existen criterios que sean realmente precisos para definir un catálogo exacto y cerrado de conductas que podrían ser sancionables penalmente. Sobre la base del entendido que toda actividad humana puede tener un efecto sobre el medio ambiente, se ha seleccionado un conjunto de actividades que tienen un impacto mucho mayor sobre este ámbito de protección, las cuales se ha deseado reprimir⁵⁴.

La actual regulación ambiental existente en nuestro país es muy dispersa, debido básicamente a: 1. La abundancia de normas específicas que regulan el riesgo de una actividad concreta, y, 2. La inexistencia de normativa e

52 CALLEGARI, André Luis y REINDOLFF Y DA MOTTA, Cristina. “Estado y política criminal: La contaminación del Derecho penal ordinario por el derecho penal de enemigo o la tercera velocidad del derecho penal”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio (eds.), *El sistema Penal normativista. Libro homenaje al Prof. Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 609.

53 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 26.

54 Existen diversos criterios para determinar el riesgo permitido y prohibido, para el Derecho penal, en el ámbito nacional se ha optado por la superación de un parámetro normativo pre-existente a la actividad: los límites máximos permisibles, tal como lo establece el art. 304 del Código penal: **“El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.”** (resaltado nuestro).

instituciones generales, sino el haber optado por un modelo sectorial. La sobre existencia de esta normativa incide directamente en los operadores jurídicos. Por ejemplo, si existe un derrame de petróleo cuyo cuerpo receptor es un río, o, si una Empresa Prestadora de Servicios arroja aguas residuales sin haberlas tratado previamente ¿Cuáles son las normas ambientales que infringe y cómo sería posible determinar el daño ambiental? A efectos de simplificar la labor de los operadores jurídicos, el Legislador –en el caso de denuncias penales- ha señalado la obligación del Ministerio Público de solicitar un informe técnico – ambiental, a efectos de poder tener información técnica y legal especializada sobre el problema jurídico subyacente.

A. Aspectos centrales

1. Naturaleza jurídica

El informe técnico fundamentado puede ser abordado desde, por lo menos, dos perspectivas en nuestro ordenamiento jurídico. La primera es como un medio probatorio, el cual, dada la especificidad de la información técnica contenida en él, se constituye -en la práctica- como un medio probatorio fundamental para la acreditación del delito ambiental. La segunda, es analizarlo como un requisito procesal, el cual condiciona el avance de la investigación fiscal.

El primer punto a analizar, originado por la confusa redacción del art. 149 de la Ley General del Ambiente⁵⁵, es cuál es la naturaleza jurídica del informe técnico fundamentado. A partir de ello, podrá definirse si es posible considerarlo como una cuestión previa y si podría considerárselo necesario, incluso, como un requisito para la imposición de cualquier medida cautelar.

Dicho debate se origina en la redacción original del artículo 149 de la Ley General del Ambiente, el cual establecía lo siguiente:

“La formalización de la denuncia por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, requerirá – subrayado nuestro – de las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental (...)”

⁵⁵ El 21 de julio de 1996 se aprobó la ley N ° 26631, donde se estableció la normativa para la formalización de la denuncia por los denominados, en ese momento, Delitos contra la ecología. En esta ley ya se hacía referencia a solicitar una opinión fundamentada a la autoridad sectorial competente. Esta ley fue derogada por la cuarta disposición transitoria, complementaria y final de la Ley General del Ambiente.

Bajo esa lógica, que condicionaba la formalización de la denuncia por la comisión de un delito -en ese entonces ecológico- no quedaba duda alguna de que nos encontrábamos frente a un requisito de procedibilidad. Ello, porque se consideraría a este informe un requisito para poder ejercer la acción penal, con lo cual -ante su ausencia- era posible la interposición de una cuestión previa, con el objeto de que dicho requisitos de procedibilidad sea subsanado por el Ministerio Público.

La Ley procesal penal identifica el remedio procesal ante el incumplimiento de un requisito de procedibilidad, esto es, cuestión previa, con una institución típicamente procesal, en rigor, un presupuesto procesal vinculado a la promoción de la acción penal: Los requisitos o condiciones de procedibilidad. Se trata de causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla. Si se inicia el proceso penal obviando la presencia de las condiciones de procedibilidad, este devendrá en nulo de pleno Derecho al imposibilitar al juez examinar el mérito de la causa, es decir, la imputación, dado que esta se habría iniciado con violación de la ley, que condiciona su ejercicio a la presencia de determinados actos o circunstancias extra típicas⁵⁶.

A partir de esta redacción el informe técnico fundamentado se constituía legalmente como un requisito de obligatorio cumplimiento, que debía de requerirse antes de la formalización de la denuncia. Esto motivó que tanto en la doctrina como la jurisprudencia comenzaran a comprender a esta institución procesal como un requisito de procedibilidad.

Posteriormente, en el 2008, mediante la Ley N° 29263, dicho artículo de la Ley General del Ambiente fue modificado, quedando la redacción de la siguiente manera:

“En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe técnico fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal (...)”

⁵⁶ SAN MARTIN CASTRO, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Segunda edición, Grijley, Lima, 2006.

Esta modificación implica un cambio sustancial en cómo debe de ser comprendido el Informe Técnico Fundamentado dentro del proceso penal. Aunque se modifica únicamente un párrafo del artículo 149 de la Ley General del Ambiente el momento en que debe de exigirse cambia sustancialmente. En la norma derogada establecía específicamente que debía ser solicitado antes de la formalización de la denuncia – entendido en el marco del nuevo Código procesal penal como antes de la formalización de la investigación preparatoria– pero con la modificación se extiende la obligación de solicitar el Informe Técnico Fundamentado hasta antes de la etapa intermedia del proceso penal, es decir, antes de la formalización de la acusación fiscal.

Al respecto, este cambio de momento puede determinar que ya no se considere que estemos frente a un requisito de procedibilidad. La interpretación depende directamente de cuál se considere el momento de inicio de la acción penal. Si se considera que esta inicia, conforme la práctica ha tenido como una verdad indiscutible, desde el momento en que se formaliza la acción penal, entonces la acción penal ya no estaría condicionada a la solicitud del Informe Técnico Fundamentado. En este escenario, ya no nos encontraríamos frente a un requisito de procedibilidad. Es posible, a su vez, una interpretación alternativa que considere que el ejercicio de la acción penal se da cuando se formula la acusación, en este caso, el Informe Técnico sería considerado aún como un requisito de procedibilidad.

2. Momento procesal donde debe ser emitido

Superada esta discusión y asumiendo la primera postura, por no ser este un espacio de discusión más crítica, pasamos a analizar otro punto: ¿Hasta qué momento del proceso penal debe ser solicitado el Informe Técnico Fundamentado?

Al respecto, la solución a la pregunta se halla en el reglamento art. 149, numeral 1, de la Ley General del Ambiente. Actualmente se encuentra vigente el Decreto Supremo 009-2013-MINAM, refrendado el 03 de setiembre de 2013, el cual derogando el Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM, establece de un modo preciso que:

“El Fiscal en cualquier momento de la investigación y hasta antes de emitir pronunciamiento en la etapa intermedia del proceso penal, solicitará el informe fundamentado a la autoridad administrativa ambiental competente (...)”

En el Nuevo proceso penal, no existe mayor problema interpretativo, dado que la norma es clara cuando establece que puede ser solicitado durante la investigación y hasta antes de emitir la acusación. La investigación debe ser entendida en sentido amplio, es decir, no limitándola al periodo posterior al momento de la formalización de la investigación preparatoria, sino que debe abarcar el periodo previo a ella. Dicha interpretación tiene fundamento en la razón de ser del informe: servir de respaldo -probatorio- y de elemento para aclarar el espectro normativo en torno al suceso investigado. Dicha información es necesaria desde el primer momento de la investigación, a efectos de realizar un análisis a profundidad sobre el tema mencionado. Por ende, el Fiscal tiene la opción de solicitarla desde el momento en que inicia la investigación, siendo recomendable que sea desde ese momento que lo haga.

Es posible que el Fiscal, considerando que encuentra elementos suficientes para iniciar un proceso penal y ante la necesidad de solicitar medidas cautelares de carácter personal, pueda formalizar la investigación preparatoria sin contar con el informe técnico fundamentado. El fundamento de esta afirmación reside en el nivel de certeza que debe tener el Fiscal para la formalización de la investigación preparatoria. Debido a que no se trata de una certeza absoluta -la cual corresponde a la acusación y por ello para ahí si es exigida la emisión del Informe Técnico Fundamentado-, entonces el Fiscal tiene la posibilidad de prescindir de este informe, si considera que cuenda con los indicios suficientes para formalizar la investigación preparatoria, así como de las otras condiciones para ejercer la acción penal.

En los procesos que se tramiten al amparo del Código de procedimientos penales, la solución es exactamente la misma. Vale decir, que el momento en el cual el informe técnico fundamentado se ha de solicitar es el inicio de la investigación preliminar, hasta el momento de que se emita la acusación. Ello es coherente con la postura -mayoritaria- de que el informe técnico fundamentado no sea considerado un requisito de procedibilidad.

3. El valor probatorio del informe técnico fundamentado

El análisis de la naturaleza jurídica del informe técnico fundamentado dentro del Proceso Penal, nos conduce también a otro aspecto de gran interés, que es el de su valor probatorio al interior del proceso penal.

El primer aspecto que resalta del informe técnico fundamentado, es que no se trata de cualquier documento, sino de un documento que tiene una vital importancia para el proceso penal, en función de la información que él aporta. Es el caso de la opinión de la autoridad competente sobre la infracción de la normativa administrativa-ambiental de la materia. Dicha opinión, si bien no tiene -expresamente- el carácter de vinculante, requiere de un esfuerzo muy grande de fundamentación, si es que se desea emitir una opinión que se aparte del tenor de lo expresado en el informe.

En un informe técnico fundamentado, la autoridad administrativa realiza una labor de sistematización y concretización de la información sobre la legislación ambiental aplicable al caso, así como la emisión de una opinión sobre los criterios para determinar si existe o no un daño ambiental. Precisamente por este pronunciamiento, sobre aspectos técnicos-jurídicos y en algunos casos fácticos, nos llevan a la conclusión de que el informe técnico fundamentado tiene la naturaleza jurídica de una pericia técnica.

En ese sentido, la trascendencia de este informe radica en que es realizado por un ente especializado y, aunque no es vinculante, tiene gran capacidad de influencia en la disposición que dictará el Ministerio Público o la Resolución que dictará el órgano jurisdiccional competente.

La consideración del informe técnico fundamentado como medio probatorio no es unánime. Un sector calificado de la doctrina sostiene que, al ser su finalidad el esclarecimiento del sentido interpretativo de la regulación especializada en materia ambiental, el informe técnico no puede ser tomado como un elemento de prueba. Tan sólo se limitaría a aportar los criterios adecuados para la interpretación de las normas desde la perspectiva de la regulación ambiental

⁵⁷.

Diferimos de esta apreciación por dos motivos. En primer lugar, nos centramos en la autoridad administrativa que emite el informe técnico fundamentado, ella no tiene como función principal la interpretación de normas de carácter ambiental sino también la ejecución y planificación de políticas de Estado en dicha materia. Por ello, el pronunciamiento que emite goza de un mayor conocimiento no sólo de los aspectos legales, sino de aspectos que trascienden a ellos.

⁵⁷ GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico-Parte Especial*, Tomo II, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p.1054.

En segundo lugar, tenemos a la alta complejidad de la normativa administrativa ambiental. Debido a la alta especialidad técnica de esta materia, la cual presupone conocimientos que van mucho más allá de lo jurídico, no es posible exigir el conocimiento pormenorizado de la misma a los operadores del sistema penal. A ello, es necesario agregar la rápida variación de las normas de esta materia.

Parte de los contenidos exigidos al informe técnico fundamentado, se encuentra la identificación de las obligaciones ambientales. Si consideramos que la interpretación jurídica de las disposiciones administrativas, es realizada por el especialista jurídico en la materia, entonces podemos considerar que estamos frente a una pericia sobre un conocimiento que no sólo es jurídico, sino técnico.

B. Aspectos centrales del Informe Técnico Fundamentado

1. Aspectos mínimos

El artículo 149.1 de la Ley General del Ambiente establece que:

“En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el título décimo tercero del libro segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental (...) El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor a treinta días (...) Dicho informe deberá ser meritado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente”

Respecto de la fundamentación del informe técnico fundamentado, los aspectos que debe contener se enuncian en el Decreto Supremo N° 009-2013-MINAM, el cual señala lo siguiente:

“4.1. El informe fundamentado requerido en el marco de la investigación penal de los delitos tipificados en los Capítulos I (Delitos de Contaminación) y II (Delitos contra los Recursos Naturales) del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, deberá contener, como mínimo, lo siguiente: Antecedentes de los hechos denunciados:

- A. Base legal aplicable al caso analizado
- B. Competencia de la autoridad administrativa ambiental

- C. Identificación de las obligaciones ambientales de los administrados involucrados en la investigación penal que se encuentren contenidos en las leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental y que resulten aplicables a los hechos descritos por el ministerio público.
- D. Información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas y/o reportes presentados por los administrados involucrados en la investigación penal, de ser el caso.
- E. Conclusiones.”

Es también posible la emisión de informes técnicos fundamentados, cuando se cometan los delitos de responsabilidad funcional e información falsa, que recaigan sobre aspectos ambientales. En este caso, los requisitos mínimos, conforme lo detalla el Reglamento del Art. 149 de la Ley General del Ambiente, serán:

- A. Antecedentes de los hechos denunciados
- B. Base legal sobre la competencia de la autoridad administrativa ambiental que emite el informe fundamentado
- C. Competencia de la autoridad administrativa ambiental
- D. Identificación de las competencias y funciones de los órganos administrativos vinculados a los funcionarios públicos involucrados en la investigación así como de las disposiciones legales, reglamentarias y estándares ambientales aplicables a la materia objeto de la investigación.
- E. Conclusiones

2. Deber del Juez o Fiscal de valorar el informe

La norma (art. 149, numeral 1, de la Ley General del Ambiente) establece el deber del Fiscal y el Juez de valorar el Informe Técnico Fundamentado. Este deber sólo se restringe a citar y analizar el Informe, mas no obliga a ambos funcionarios públicos a seguir las conclusiones que en él se establecen.

Es posible apartarse de lo señalado en el informe; sin embargo, dada la alta complejidad de la legislación de la materia, se desprende un deber de motivar adecuadamente por qué no son atendibles los argumentos expresados en él.

3. Autoridad encargada de emitirlo

El Reglamento del art. 149, numeral 1, establece la regla general para determinar quién es la entidad encargada de emitir el informe técnico fundamentado. Según esta norma, serán la entidad fiscalizadora, según el ámbito de su competencia, que pueden ser.

- 1 La entidad de Fiscalización ambiental Nacional
- 2 La entidad de Fiscalización ambiental Regional
- 3 La entidad de Fiscalización ambiental Local

Una entidad fiscalizadora ambiental es aquella institución que se encarga de verificar que el administrado se encuentre cumpliendo con sus obligaciones ambientales. Debido al actual modelo sectorial, no existe una entidad central que se dedique a la fiscalización ambiental en todas las actividades que tienen regulación ambiental.

En caso exista más de una autoridad fiscalizadora ambiental competente en determinados extremos del objeto materia de investigación penal, el Fiscal requerirá la elaboración del informe fundamentado a cada una de estas, las cuales emitirán el citado informe en el marco de sus funciones y competencias.

En el supuesto que el Fiscal tuviera dudas sobre la autoridad administrativa ambiental competente, podrá solicitar orientación al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA.

2. LAS MEDIDAS COERCITIVAS.

A. Regulación legal

El Legislador optó por regular las medidas coercitivas en el ámbito ambiental en el Código penal y no en la legislación procesal. Al respecto, el artículo que es la base de dicha regulación es el 324-C, el cual señala que:

“Artículo 314-C.- Medidas cautelares

Sin perjuicio de lo ordenado por la autoridad administrativa, el Juez dispondrá la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria, así como las otras medidas cautelares que correspondan.

En los delitos previstos en este Título, el Juez procederá a la incautación previa de los especímenes presuntamente ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del presunto ilícito. Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, ordenará el allanamiento o descerraje del lugar donde presuntamente se estuviere cometiendo el ilícito penal.

En caso de emitirse sentencia condenatoria, los especímenes ilícitos podrán ser entregados a una institución adecuada, según recomendación de la autoridad competente, y en caso de no corresponder, serán destruidos.

En ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado.”

Naturalmente, la norma antes mencionada establece las bases del sistema de medidas coercitivas en un proceso penal ambiental; sin embargo, para su aplicación es necesario recurrir a la legislación procesal penal específica. Vale decir, al Código de procedimientos y al Código procesal penal, según sea el caso.

B. La suspensión de la actividad contaminante

El primer supuesto que la norma ha establecido es la suspensión de la actividad contaminante. Para que esta medida sea aplicada es necesario el cumplimiento de ciertos presupuestos.

En primer lugar, actividades contaminantes son aquellas que introducen la presencia de uno o más elementos en un determinado entorno, de forma tal que dicha presencia altera negativamente las condiciones normales de existencia. Un ejemplo de ello, es el vertimiento de mercurio a las aguas de un río. En el caso de la actividad extractiva, se halla en relación directa con la explotación de los recursos naturales, como es el caso de la actividad minera o la tala de árboles. Finalmente, cuando la norma se

refiere a actividad depredatoria, implica una relación de aprovechamiento directo entre dos seres vivos, en este caso entre el hombre y otros que integran el medio ambiente. Producto de dicha relación, el primero acaba con la existencia del segundo.

En síntesis, nos hallamos frente a actividades de impacto ambiental, las cuales el legislador ha decidido subdividir entre contaminante, extractiva y depredadora. Sin embargo, existen otras actividades de impacto ambiental que pueden generar un daño al ambiente, las cuales podrían ser objeto de medidas coercitivas, como es el caso de aquellas actividades que puedan alterar el medio ambiente. Sin embargo, la medida coercitiva sobre estas actividades pertenece al ámbito de las medidas cautelares innominadas.

En segundo lugar, la actividad contaminante, ya se debe estar ejecutando. Vale decir, que se trata de actividades que se encuentran ya en curso, como el desarrollo de una actividad industrial o minera. Es posible la intervención en un estadio previo a la aparición de la actividad contaminante, incluso desde un ámbito penal, sin embargo, este es un caso claro de medida coercitiva innominada, distinto a la suspensión de la actividad contaminante.

C. La incautación de especies y de aparatos y medios para la comisión de los ilícitos ambientales

El artículo comentado también prevé otras dos medidas coercitivas nominadas: la incautación de especies traficadas; la incautación de aquellos aparatos y medios que sirvieron para la comisión de delitos ambientales.

Sobre el primer supuesto, no es necesario un mayor comentario, dado que su regulación no dista de las reglas generales previstas por la legislación procesal penal para el caso de la incautación de bienes.

Mención aparte merece el aspecto de la incautación de aquellos aparatos y medios que sirvieron para la comisión de delitos ambientales. Si bien, la normativa es exactamente la misma para los bienes en casi todos los delitos, esto tiene una excepción que incluso ha merecido un tratamiento aparte: el delito de minería ilegal.

En el marco de las actividades que realiza un Fiscal, como parte de la lucha contra la minería ilegal, tiene la posibilidad de realizar acciones de interdicción. Al respecto, la normativa especial en la materia es el Decreto

Legislativo N° 1100, el cual define a las acciones de interdicción en su artículo 7, señalando lo siguiente:

“El Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú y la Dirección General de Capitanía y Guardacostas - DICAPI, bajo el ámbito de sus competencias, realizarán a partir de recibida la relación detallada a que se refiere el artículo 6° del presente Decreto Legislativo, las acciones de interdicción siguientes:

7.1 Decomiso de los bienes, maquinaria, equipos e insumos prohibidos, así como los utilizados para el desarrollo de 136 ANEXOS actividades mineras ilegales conforme al presente Decreto Legislativo; los mismos que serán puestos a disposición del Gobierno Regional correspondiente.

7.2 Destrucción o demolición de bienes, maquinaria o equipos citados en el artículo 5°, que por sus características o situación no resulte viable su decomiso.

Las acciones de interdicción establecidas en el presente artículo serán activadas por el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú. Adicionalmente, podrán solicitarlo los Procuradores Públicos de los Ministerios de Energía y Minas o del Ambiente, el Procurador Público Regional o el Procurador Público de la respectiva Municipalidad provincial o distrital. La ejecución de estas acciones de interdicción se realiza con la presencia del representante del Ministerio Público, quien levantará el acta respectiva con indicación de los medios probatorios correspondientes, pudiendo ser medios fílmicos o fotográficos; así como la descripción de las circunstancias que determinaron la aplicación de las acciones previstas anteriormente. Dichas acciones de interdicción se realizan sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar y que están destinadas a preservar el cuidado de bienes jurídicos protegidos por el Estado y afectados por el desarrollo de actividades ilegales.”

La norma referida establece como deber general la incautación de aquellos bienes que hubieran sido destinados a la minería ilegal. El objeto de la incautación, es, como toda medida de incautación el decomiso del bien. Esta regla general posee una excepción que permite la destrucción o demolición de los bienes. Esta medida procede cuando por sus características o situación no resulte viable la incautación.

Independientemente de las preguntas que correspondería hacer en torno a demoler o destruir un bien, lo que a su vez podría tener un impacto en el

medio ambiente, corresponde definir criterios generales que nos permitan determinar cuando estamos frente a un supuesto en el que no sea viable la incautación.

Un criterio que podría orientar esta actuación es el que ya utilizan en la práctica los Fiscales Medioambientales al realizar las incautaciones: la imposibilidad material o técnica de desplazar el bien sujeto de posible incautación. Según este criterio, existen situaciones en las cuales un bien no puede ser trasladado a un lugar donde se haga efectivo el depósito del mismo, por ejemplo, es el caso de bienes de difícil movilización que se encontraran en zonas de remoto acceso. En este supuesto, y ante el riesgo inminente de que la posesión del bien sea retomada por el minero ilegal, se opta por su destrucción para impedir que él vuelva a realizar la actividad delictiva.

D. Medidas de coercitivas innominadas

La emisión de medidas cautelares innominadas, es decir, aquellas que no tengan una regulación expresa en un cuerpo normativo, siempre ha sido posible en el Derecho procesal penal. Es el caso, por ejemplo, de que -en el marco de un proceso por lavado de activos- se incauten los activos de una empresa que presuntamente habría sido creada con capitales blanqueados, al amparo de las normas del Código de procedimientos penales. Los bienes de una empresa tienen naturaleza productiva, vale decir, que ellos requieren estar en constante movimiento para poder mantener un valor en el mercado. Si la medida recayera sobre una empresa de aviones, y los aviones tuvieran que inutilizarse producto de la incautación, ello significaría el colapso económico para la empresa, y por ende la pérdida de muchos puestos de trabajo. Si la empresa se paraliza, entonces pierde su posición en el mercado y sólo produce pasivos, los cuales-al no generarse nuevos ingresos- sólo se incrementarán en el tiempo-.

Por ello, en el caso propuesto, es posible -e incluso recomendable- que, pese a que normativamente no se encuentre previsto en la regulación del Código de procedimientos penales, no se ordene la incautación de los activos, sino en su lugar la administración judicial temporal. Bajo esta figura, la empresa sigue operando en el mercado, bajo condiciones de legalidad; sus activos no pierden valor en el tiempo; se asegura la disponibilidad de los mismos, al hacer responsable a una persona por ellos.

En el caso de los delitos ambientales, es no sólo una opción, sino que es una obligación -conforme lo mandan el principio de prevención y en algunos casos el principio de precaución- la adopción de medidas

coercitivas para evitar causar un impacto en el medio ambiente, o, para evitar que se reduzca el impacto ambiental a los mínimos permisibles.

El art. 314-C del Código penal establece la posibilidad de dictar medidas cautelares, pero no establece cuáles, sino que señala únicamente la posibilidad de aplicar aquellas que correspondan. Es esa parte final del citado artículo, la que habilita al Juez penal y a dictar medidas cautelares innominadas. Un requisito implícito a las mismas es su idoneidad⁵⁸, la que debe ser analizada en relación a la evitación de una actividad que pueda tener un impacto sobre el medio ambiente. Naturalmente, si se tratara de actividades que ya estuvieran impactando sobre el mismo, nos habremos de remitir al primer supuesto de este artículo: la suspensión de la actividad contaminante.

⁵⁸ En ese sentido: GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico-Parte Especial*, Tomo II, Instituto Pacifico, Lima, 2015, p.1056



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

1) GARCIA CAVERO, Percy, Derecho Penal Económico-Parte Especial, Tomo II, Instituto Pacifico, Lima, 2015, p.1050 – 1058.

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- CASO Minería ilegal.

(Disponible en el anexo de casos)