

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



**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN
EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

**AUTOR
LUZDIMAR ROJAS VASQUEZ**

**ASESOR
KATHERINEE DEL PILAR ALVARADO TAPIA**

<https://orcid.org/0000-0002-8451-0475>

Chiclayo, 2020

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN
AMBIENTAL**

PRESENTADA POR:

LUZDIMAR ROJAS VASQUEZ

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Freddy Ronal Centuriín González

PRESIDENTE

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres

SECRETARIO

Katherinee Del Pilar Alvarado Tapia

ASESOR

DEDICATORIA

A Dios, por darme la vida, el conocimiento, la tranquilidad y el valor de seguir siempre adelante; porque con él llega la calma todo se alcanza y supera.

A mis padres, Cesar Rojas Pariatanta y Maribel Vásquez Fernández, por cada día de mi vida y por dedicarme cada día de la suya; por inspirarme a cumplir cada una de mis metas y a ser un mejor ser humano.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por darme la vida y salud para seguir siempre adelante.

Expreso mi gratitud a la Dra. Katherine Alvarado Tapia, por su constante apoyo como asesora de tesis, por brindarme confianza cuando acepto dirigirme en esta investigación pese a las distintas adversidades que siempre la acompañan. Sobre todo, por sus conocimientos, su guía crítica y comentarios constructivos.

RESUMEN

La presente investigación requiere que se analice la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de contaminación ambiental, las cuales dichas conductas relevantes penales surgen de la típica conducta cometida por las diversas empresas en donde no coincide la necesidad de responsabilizarse penalmente. La presente investigación tiene como punto de partida que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se encuentra regulado en la legislación peruana, por lo que estas no podrán ser procesadas cuando cometan un delito a título propio, limitándose el derecho, a accionar contra el elemento humano que las integra, alcanzando únicamente aquellas responsabilidades accesorias o pecuniarias, por tal motivo busca la problemática: ¿Cuáles serían las pautas jurídicas para responsabilizar penalmente a la persona jurídica en la comisión del delito de contaminación ambiental previsto en el Artículo 304 del Código Penal en defensa del medio ambiente como bien Jurídico tutelado?, para poder llegar a determinar una posible solución a lo planteado.

Palabras claves: Responsabilidad penal, Delito de contaminación.

ABSTRACT

The present investigation requires that the criminal responsibility of legal persons be analyzed in the crimes of environmental contamination, which said criminal behaviors arise from the typical behavior committed by the different companies where the need to take criminal responsibility is not coincided. The present investigation has as a starting point that the criminal liability of legal persons is not regulated in Peruvian legislation, so they can not be prosecuted when they commit an offense in their own right, limiting the right to act against the element human that integrates them, reaching only those incidental or pecuniary responsibilities, for this reason seeks the problem: What would be the legal criteria to hold criminally responsible to the legal entity in the commission of the crime of environmental pollution provided in Article 304 of the Criminal Code in defense of the environment as a protected legal asset ?, in order to be able to determine a possible solution to what has been proposed.

Keywords: Criminal liability, Crime of pollution

ÍNDICE

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
TABLA DE ABREVIATURAS	XI
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA	15
1.1.1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	20
1.1.2. ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA PERSONA JURÍDICA	24
1.2. TIPO DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA	26
1.2.1. ADMINISTRATIVA	26
1.2.2. CIVIL	28
1.2.3. PENAL	29
1.3. EL COMPLIANCE APLICABLE A LAS PERSONAS JURÍDICAS	30
1.4. TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	31
1.5. TEORÍAS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA	33
1.6. ANÁLISIS DE CASOS SUSCITADOS EN EL ESTADO PERUANO	35

1.6.1. ACUERDO PLENARIO N° 7/2009/CJ-116	35
1.6.2. CASO AMÉRICA TV EXPE. N° 011-2201 SENTENCIA DE FECHA 8 DE AGOSTO DEL 2006	35
CAPÍTULO II DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN RELACIÓN AL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL.	38
2.1. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	38
2.1.1. TIPICIDAD OBJETIVA	41
2.1.1.1. SUJETO ACTIVO	43
2.1.1.2. SUJETO PASIVO	43
2.1.2. TIPICIDAD SUBJETIVA	44
2.2. REFORMA POLÍTICO CRIMINAL DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL D.L N° 1352	45
2.3. EL DAÑO AMBIENTAL	47
2.3.1. LA GRAVEDAD DE LOS ILÍCITOS AMBIENTALES, SEGÚN LA NORMATIVIDAD NACIONAL	55
2.4. EL MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	59
2.4.1. IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL	63
2.5. LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL	64
2.5.1. RESPONSABILIDAD EN MATERIA	66
2.5.2. RESPONSABILIDAD EN SANCIÓN	69
2.6. EL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL	70
2.6.1. PLAN DE CONTINGENCIA	72

2.6.2. IMPORTANCIA DE LA ACTUACIÓN DE LAS ENTIDADES ENCARGADAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE	73
CAPÍTULO III ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN FUNCIÓN AL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	76
3.1. LA PERSONA JURÍDICA Y LA REALIDAD SOCIAL AMBIENTAL	76
3.1.1. INCLUSIÓN DE PERÚ EN LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)	76
3.1.2. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA	78
3.2.LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO COMPARADO	82
3.2.1. ENFOQUE DOCTRINARIO	82
3.2.2. ENFOQUE LEGISLATIVO	83
3.2.2.1. BÉLGICA	83
3.2.2.2. ESPAÑA	83
3.2.2.3. FRANCIA	84
3.2.2.4. PERÚ	86
3.2.3. IMPUTACIÓN PENAL	89
3.2.4. DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO	91
3.3. INCORPORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN LOS DELITOS AMBIENTALES	92
CONCLUSIONES	95
RECOMENDACIONES	96
BIBLIOGRAFÍA	97

TABLA DE ABREVIATURAS

R.P.J:	Responsabilidad de la Persona Jurídica
P.J:	Persona Jurídica
C.P:	Código Penal
U.N.C.A.C:	United Nations Convention Against Corruption
C.P.P:	Código Procesal Penal
D.L:	Decreto Legislativo
C.A.N:	Comisión de Alto Nivel de Corrupción
P.C.M:	Presidencia del Consejo de Ministros
O.C.D.E:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo para la Economía
L.M.P:	Límites Máximos Permisibles
L.R.H:	Ley de Recursos Hídricos
D.A:	Daño Ambiental
L.G.A:	Ley General del Ambiente
C.P.C:	Código Procesal Civil
M.P:	Ministerio Público
O.E.F.A:	Organismo de evaluación y Fiscalización Ambiental
E.I.A:	Estudio de Impacto Ambiental

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como tema principal la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito contaminación ambiental, donde se da conocer que una política criminal eficaz de protección de bienes jurídicos ambientales que involucran a toda la sociedad y frente a la complejidad para la atribución de responsabilidad penal personal, deben aplicarse consecuencias accesorias directamente a la persona jurídica. Puesto que dicha figura no se encuentra regulado en la legislación peruana, por lo que estas no podrán ser procesadas cuando cometan un delito a título propio, limitándose el derecho, a accionar contra sus órganos que las integra, alcanzando únicamente aquellas responsabilidades accesorias o pecuniarias.

Actualmente resulta común, en nuestra realidad, observar a personas jurídicas involucradas en la comisión de un ilícito penal, ya sea de carácter tributario, ambiental o económico. Es ahí donde nuestro ordenamiento jurídico se ve limitado, cuando teniendo conocimiento del hecho delictivo, no puede responsabilizar o individualizar el grado de participación y la correspondiente pena que correspondería a los responsables del mismo, permitiendo a las distintas personas naturales que forman parte de este ente colectivo poder escapar de la persecución penal de los ilícitos cometidos.

Expuesta la situación problemática es que se suscita la siguiente interrogante.:
¿Cuáles serían las pautas jurídicas para responsabilizar penalmente a la persona jurídica en la comisión del delito de contaminación ambiental previsto en el Artículo 304 del Código Penal en defensa del medio ambiente como bien Jurídico tutelado?

De acuerdo al problema formulado, se plantea, como objetivo general, establecer pautas para responsabilizar a la persona jurídica en el delito de contaminación ambiental teniendo en cuenta el derecho comparado; y, como objetivos específicos los siguientes: i) Analizar el marco teórico relacionado con la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación peruana, ii) Analizar el delito de contaminación ambiental y la responsabilidad de las personas jurídicas en el mismo.

Por otro lado, para el desarrollo de este trabajo se ha empleado un método de investigación cualitativa, de tipo básica, para establecer relaciones teórico-doxinarias del objetivo de investigación, y poder determinar la responsabilidad de las personas jurídicas.

Teniendo como hipótesis de investigación la siguiente: Si es necesario establecer pautas jurídicas para determinar la responsabilidad penal a la persona jurídica, entonces se debe tener en cuenta el análisis del delito de contaminación ambiental tipificado en el artículo 304 del Código Penal.

Este trabajo de investigación se encuentra subdividido en tres capítulos: el primer capítulo se denomina “responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación peruana”; en el segundo capítulo “responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de contaminación ambiental” y el último capítulo “pautas para responsabilizar a la persona jurídica en el delito de contaminación ambiental teniendo en cuenta el derecho comparado de las personas jurídicas en función al delito de contaminación ambiental.

La autora.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La responsabilidad Penal de la Persona Jurídica es un tema en boga hoy Día, puesto que muchas veces es utilizada esta figura para cometer delitos aprovechándose de la dificultad que existe en nuestro ordenamiento para responsabilizarla, en muchas ocasiones las sanciones que se les impone no son muy drásticas las mismas que pueden ser administrativas, accesorias, civiles; en este capítulo también abordaremos los programas de cumplimiento aplicables a las personas jurídicas, casos suscitados en nuestro ordenamiento a modo de ejemplo.

1.1 LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Asistimos a una sociedad de consumo, dando lugar a un intercambio masivo de bienes y servicios, caracterización y adscripción de una sociedad moderna, cuyos protagonistas son los consumidores y los proveedores de bienes y servicios. Ofertantes de estos productos, que han de sujetar su actuación mercantil a estándares de calidad y de óptima funcionalización de los mismos. En tal contexto, aparece la empresa como motor que dinamiza y mueve esta actividad, mediando la cobertura normativa que le otorga el ordenamiento jurídico. Abstracción legal que construye el legislador para viabilizar la corporativización de las decisiones que se

forman desde su input, en cuanto a las personas físicas que representan sus órganos de gestión y administración.

La economía actual, tanto a nivel nacional e internacional, está manejada principalmente por personas jurídicas. Estas empresas, la mayoría de ellas entidades comerciales que compiten por los contratos públicos. Las grandes corporaciones, usualmente tienen operaciones globales en áreas como transporte, construcción, telecomunicación, minería, energía, producción de químicos, y muchos otros sectores de la economía.

La empresa, entendida como conjunto de personas estructuradas en funciones o competencias, tiene como factor criminológico la deficiente organización estructural, porque los individuos, aprovechando el anonimato, la conciencia de grupo, la falta de control, entre otros factores, perpetran ilícitos penales. (Vervaele, 2005)

Por tanto, su funcionamiento y operatividad es decisión de personas físicas, portadoras de voluntad y libertad. ¿Se puede entonces, distinguir las decisiones corporativas de la empresa, de las mentes que encaminan dichas decisiones? Aspecto que debe ser resuelto conforme a las aristas que construyen las diversas ramas del orden jurídico. El protagonismo adquirido por las personas jurídicas en la actualidad, define situaciones jurídicas de relevancia, en orden a establecer niveles de responsabilidad por las actuaciones defectuosas que pueden tomar lugar en su cotidiana actividad.

Aspecto de relevancia, cuando dichas actuaciones provocan la lesión y/o la puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente tutelados, sabedores que el sistema de imputación jurídico penal se basa en un sujeto portador de conciencia, libertad e inteligencia, como factores ontológicos que definen la responsabilidad penal en la lege lata. Por tanto, de los delitos cometidos al interior de una empresa, solo responden penalmente las personas individuales a las que puedan imputárseles, y en la medida en que les sean atribuibles, mientras que la organización en sí no puede ser sometida a ninguna sanción criminal. (García, 2008, p. 298)

La postura normativa, por tanto, era siempre de no reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas *societas delinquere non potest* (las sociedades no delinquen), y esto significó la elaboración de la fórmula legal del “actuar en lugar de

otro”, tal como se describe en el art. 27 de la parte general de la codificación penal al que llamaremos de ahora en adelante CP, mediando la transferibilidad de las cualidades del sujeto de imputación, las personas jurídicas, a las personas físicas que asumen sus órganos de representación; y también de un régimen sancionador aplicable a las personas jurídicas, conforme el listado reglado en el art. 105 del CP, dependiente de la responsabilidad penal de las personas físicas de sus órganos de gestión y/o administración, llamadas “Consecuencias accesorias al delito”.

Por consiguiente, la sanción a las empresas se somete a un sistema de “hetero responsabilidad”, seguido por las responsabilidades individuales de las personas físicas. De forma que el aforismo del *societas delinquere non potest* se construye a partir de categorías dogmáticas en esencia “ontológicas”, si bien correcto desde los valores de un Estado democrático de derecho, no por ello incapaz de renovar sus estructuras de imputación según una visión político criminal moderna.

La adscripción de esta política criminal, sus lineamientos positivos no han sido suficientes para prevenir la portentosa delincuencia que se gesta desde la estructura societaria de la persona jurídica, no solo con respecto a la criminalidad económica y financiera, sino también en el ámbito del cohecho transnacional, involucrando esferas de actuación que trascienden los hitos fronterizos de los Estados. Así, en el preámbulo de la *United Nations Convention Against Corruption (UNCAC)* 2005, se afirma que “la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”.

Lo cual significa que, si la empresa realiza actividades que pueden ser riesgosas para los bienes jurídicos de la persona y de la sociedad, está obligada a adoptar mecanismos tendientes a conjurar dichos riesgos, a fin de que estos no sobrepasen ciertos límites que puedan significar estados de lesión para estos intereses jurídicos. En tanto no hayan normas especiales, es posible aplicar, siempre que resulte adecuado a su naturaleza, los preceptos establecidos en el nuevo Código Procesal Penal de ahora en adelante CPP para el procesamiento de las personas jurídicas,

especialmente aquellos que tienen singular relevancia, tales como derechos y garantías procesales, competencia, presupuestos procesales, responsabilidad civil, terminación anticipada del proceso, colaboración, medidas cautelares, ejecución de la pena, etc., así como aquellas que corresponden específicamente a la imputación de personas jurídicas, como es el caso de los programas de cumplimiento y sus efectos en el proceso penal y en la determinación de la sanción aplicable.

El derecho penal peruano recoge en el art. 27 del CP, el brocardo latino *societas delinquere non potest* el actuar en nombre de otro, cuando señala:

El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada.

Como bien lo expresa el artículo las personas jurídicas no serían responsables penalmente o no tendrían capacidad delictiva, sino sus representantes; ello aunado a que de acuerdo a la teoría del delito la responsabilidad penal, esta se encuentra pensada para una persona natural más no jurídica, cuando se remite a la teoría de la acción y de la culpabilidad este último como reprochabilidad de su conducta.

Existen dos caminos para justificar la necesidad de una sanción jurídica penal a la empresa, uno de ellos consiste en definir “la sanción a la empresa” como medida esto es, como sanción del derecho criminal independiente de la culpabilidad a la que, por lo general, no le está unida un reproche ético-social. Como alternativa a la pena que presupone culpabilidad y a la medida, se recomienda también imponer penas de manera excepcional, sin los presupuestos de culpabilidad en caso de un “estado de necesidad preventivo”, cuando el hecho debía resultar provechoso para la empresa y existen defectos en las medidas de vigilancia.

En este caso, el “estado de necesidad de bienes jurídicos” se coloca junto a la culpabilidad como un principio de legitimación alternativo y equivalente. No obstante, argumentar con el “estado de necesidad” para fundamentar sanciones penales de manera permanente, y cubriendo determinadas parcelas en un ámbito importante del derecho penal, debe parecer más bien una huida de la dogmática penal y más precisamente una asunción de una firme política criminal, para la adopción de una teoría del delito acorde con las exigencias, que nos permitan contar con herramientas idóneas que enfrenten la criminalidad organizada.

De acuerdo a lo que se llega a determinar la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas ha traído como consecuencia que las personas jurídicas sean objeto de un proceso penal por la comisión de los delitos.

Es por ello, que se debe destacar la renovación del pensamiento dogmático doctrinal influenciado por el derecho anglosajón, que ya tiempo atrás reconoció la responsabilidad criminal de las empresas criminal liability company, así a partir de decisiones marco en constelaciones como la Unión Europea, donde la redefinición de la política criminal internacional apunta al reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, anulando la vigencia normativa del *societas delinquere non potest*. Lógicamente, una formulación dogmática y política criminal de tal calibre no está exenta de críticas, en el marco de una imputación jurídico-penal construida sobre factores ontológicos, como lo es la acción y la culpabilidad.

Los lineamientos de esta política criminal vienen sustentados por directrices normativistas, en cuanto a una reelaboración de las categorías dogmáticas, que inciden en la creación de un injusto sistémico de organización, concededores de que una empresa es un ente colectivo dotado de una propia voluntad (corporativa), que guía su actuación en sus relaciones socio-económicas en sociedad, en su actuación en el mercado, con el Estado y los diversos actores que conjugan en dichas diversas esferas. En realidad, a través de las “penas aplicables a las personas jurídicas” se procede a reforzar la tendencia hacia una autorregulación o auto organización mediante una medida coactiva. Por lo demás, tales sanciones muestran una función

social-comunicativa que sí tiene sentido, pues las personas jurídicas son agentes sociales, centros de imputación. (Silva, 2001, p. 34) capaces de responder por su responsabilidad generada.

1.1.1. La responsabilidad penal de las personas en el ámbito internacional

Actualmente, se reconoce la importancia de las personas jurídicas en las relaciones políticas, sociales y económicas, se acepta también la posibilidad de que una inadecuada organización de sus actividades pueda provocar riesgos significativos que se materialicen en graves afectaciones a terceros; lo cual, unido a las consideraciones antes expuestas sobre los problemas de atribución de responsabilidades individuales al interior de las complejas estructuras empresariales (Bermejo, 2009, p.p. 396-399), ha conducido a que se les considere “centros de generación de riesgos” y a que distintos países adopten un sistema de responsabilidad penal para los entes colectivos. Entre aquellos podemos mencionar a Francia, Suiza, Chile, España, entre otros (Hurtado, 2016, p. 223).

En este último país, por ejemplo, la lista de ilícitos penales que pueden acarrear la responsabilidad de la persona jurídica es ciertamente amplia al comprender los delitos de tráfico ilegal de órganos, trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, delitos contra la intimidad y allanamiento informático, estafas, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores, blanqueo de capitales, delito contra la hacienda pública y seguridad social, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos relativos a la energía nuclear, cohecho, tráfico de influencias, corrupción de funcionarios públicos extranjeros, delitos de organización, financiamiento del terrorismo, entre otros (Hurtado, 2016, p. 234).

Un caso más cercano a nuestro continente es el de Chile que en virtud de la Ley N.º 20393, publicada en el año 2009, estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho, e implementó el procedimiento para la investigación y

atribución de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de estas.

Se aprecia, entonces, la existencia de una corriente ciertamente expansiva que defiende la regulación legal de la responsabilidad penal de los entes colectivos, lo que no se trata de un fenómeno aislado, toda vez que, en Estados donde se aplica el sistema anglosajón, especialmente en Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos, Australia y Canadá; así como en aquellos ordenamientos influenciados por el modelo norteamericano como Japón y Corea; al igual que en Europa Continental, en Portugal, Holanda, Noruega, Francia y Dinamarca se reconoce sin problema alguno la responsabilidad penal de la persona jurídica (Caro, 2016, p. 689).

Sobre la base de lo indicado, puede advertirse que no en pocos lugares se ha construido un sistema de imputación en contra de los entes colectivos, lo que se encuentra en sintonía con distintos planteamientos de armonización de la regulación penal en Europa (*Corpus Iuris de Disposiciones Penales para la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea*) y las iniciativas de diferentes organismos internacionales Consejo de Europa, el Comité de Estados Miembros del Consejo de Europa, entre otros (Caro, 2016, p. 690), así como con la existencia de diversos instrumentos internacionales, que cuentan con medidas diseñadas para enfrentar eficazmente los actos de corrupción cometidos por empresas *la Ley Antisoborno inglesa, la ley norteamericana de Prácticas Corruptas en el Extranjero y la ley canadiense sobre Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros*) (Reaño, 2015, p. 142).

En esa línea, Reaño Peschiera (2015) indica que:

“Las principales agencias de regulación estatal europeas, norteamericanas y latinoamericanas en materias de represión de la corrupción empresarial y, en general, de actos de carácter criminal realizados mediante la utilización de la estructura organizativa empresarial, han contribuido a la actualización o redefinición de la noción económica de riesgo del negocio para incluir el concepto de riesgo de responsabilidades jurídicas, provocando que las

empresas “revisen internamente el riesgo corporativo que conllevan las actividades que realizan, obligándolas a realizar serios esfuerzos de implementación de políticas, prácticas y procedimientos internos que las protejan ante las eventuales imputaciones de corrupción en los países en que desarrollan sus negocios” (p. 143).

De acuerdo a lo que expresa el autor se considera que la implementación de programas de cumplimiento normativo en materia penal al interior de las empresas es una medida que cada vez adquiere mayor importancia. Incluso, en nuestro país, si tomamos en cuenta las recientes modificaciones legislativas introducidas con el D. Leg. N.º 1352, que amplió los alcances de la Ley N.º 30424 al incorporar los delitos de cohecho, lavado de activos y financiación del terrorismo dentro de los ilícitos que pueden conducir a la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, se podrá advertir que la implementación de un modelo de prevención de riesgos penales permite liberar de responsabilidad a la empresa.

Lo comentado también se refleja en los planteamientos del *Informe Final de la Comisión Presidencial de Integridad*, emitido el 4 de diciembre del 2016, que propuso la promoción de la integridad en el sector privado como una de sus principales medidas para prevenir y sancionar la corrupción en nuestro país, donde se resalta no solo la necesaria exigencia de la progresiva implementación de programas de prevención contra prácticas de corrupción en las personas jurídicas, sino que también se afirma que ello se considerará como una eximente de responsabilidad para la empresa, lo que da cuenta de la importancia del establecimiento de dichos mecanismos diseñados específicamente para mitigar el riesgo de incurrir en infracciones legales.

Así pues, conjuntamente con el establecimiento de alianzas y acuerdos de colaboración entre el sector privado y el Estado, se plantea que las empresas grandes y multinacionales trasladen sus prácticas anticorrupción a sus proveedores y que se establezca progresivamente un *programa de prevención contra prácticas de corrupción* para distintas clases de personas jurídicas que contratan con el Estado o que cuentan con concesiones otorgadas por el Estado, que reciban

determinados beneficios tributarios o monetarios del Estado o que tengan valores registrados ante la Superintendencia del mercado de Valores u operen en sectores regulados. La exención de responsabilidad de la empresa es uno de los principales beneficios de la implementación de dichos programas de prevención.

Otra medida igualmente importante que plantea el Informe Final de la Comisión Presidencial de Integridad, es la ampliación del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas previsto en un principio solo para el delito de cohecho activo transnacional, a fin de que se comprendan los delitos de corrupción, tráfico de influencias y el lavado de activos; lo que indudablemente sintoniza con la tendencia existente a nivel comparado que apunta a ampliar el catálogo de los delitos por los cuales una persona jurídica puede ser sancionada y que, en nuestro país, recientemente tuvo eco en la emisión del D. Leg. N.º 1352, que amplió el alcance de la responsabilidad de las personas jurídicas al incluir los citados delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Apreciamos que, si bien la regulación de los delitos que pueden conducir a la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas muestra una tendencia a ampliar progresivamente su número, simultáneamente el Estado busca “premiar” la institucionalización de una cultura de cumplimiento de la legalidad en las personas jurídicas (Gómez, 2012, p. 50) al eximirles de responsabilidad si es que cuentan en su organización con un modelo de prevención eficaz que se encuentre en sintonía con los riesgos, necesidades y características del negocio (Gimeno, 2017, p. 264).

Incluso, la adopción efectiva de distintos tipos de controles, por coherencia, debería ser un instrumento útil para impedir o atenuar las “sanciones” tanto en un sistema donde se impongan únicamente “consecuencias accesorias”, como en otro que se establezca la *responsabilidad autónoma* del ente colectivo bajo el *fundamento* de una defectuosa configuración del ámbito de organización que comunique una cultura empresarial de no cumplimiento de la legalidad.

Ello, se explicaría a razón de que la empresa habría implementado controles preventivos y post delictivos conducentes a mitigar el riesgo de infracción legal o, en todo caso, a descubrir y comunicar aquellos ilícitos que pese a dichas medidas se habrían realizado, pero que no reflejan una inexistente gestión de los riesgos del negocio; por lo que, el juicio de prognosis (García, 2012, p 936) sobre la probabilidad de que se comenten futuros hechos delictivos a través de la persona jurídica debería calificarse de remoto, al evidenciarse que no es altamente probable su empleo para la realización, favorecimiento o encubrimiento de delitos, que es el criterio clave para la imposición de “consecuencias accesorias”.

En resumen, podemos sostener que en el plano internacional se advierte una tendencia ciertamente favorable hacia la regulación de la responsabilidad penal de los entes colectivos, que de acuerdo al fundamento y a una interpretación material de las disposiciones de la Ley N.º 30424, también alcanzaría a nuestro país.

1.1.2. Atribución de Responsabilidad a la Persona Jurídica

La justificación político criminal para sancionar a las personas jurídicas reposa en estos argumentos:

- a) De la irresponsabilidad organizada en los que la separación de los centros de decisión de los ejecutores genera una difuminación de la responsabilidad penal individual.
- b) De la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual.
- c) De la insuficiencia preventiva de las formas de responsabilidad colectiva no penales como las administrativas (Reaño Peschiera, 2016).

Aquí vemos, pues, que la persona jurídica no es un ente sin una estructura o una débil construcción normativa sin cuerpo. De allí que nuestra concepción es considerar a la persona jurídica como ente colectivo capaz de realizar indirectamente los derechos y obligaciones de sus representados. La persona jurídica es como un arma para el delincuente. Si a una persona que posee un arma

ilegal se le incauta o decomisa, esto no le da vida propia a dicha arma. La diferencia es que en las personas jurídicas hay personas naturales con las que se le anima o se le insufla vida.

Es verdad que en el derecho se construyen ficciones jurídicas, pero estas sirven como medio para realizar derechos fundamentales. La persona jurídica es particularmente especial, puesto que detrás hay personas con voluntad. Cuando se comete un delito la persona jurídica no toma vida, sino es manejada a través de sus órganos de representación por quienes la conforman, allí es cuando empieza a ser instrumentalizada, por eso tiene sentido que contra ellas en el caso de que sean organismos de fachada se actúe y se cierre o se suspenda para que no sirva de carril de la comisión de ilícitos.

Hay que tener en cuenta que otra parte de la doctrina considera que, si bien las personas jurídicas no tienen capacidad penal, sin embargo, se puede sustentar una consecuencia accesoria porque su fundamento radica no en la falta de culpabilidad sino en la peligrosidad de su organización y que podrían coexistir penas y consecuencias accesorias a las personas jurídicas (García Caveró, 2008). El argumento de la peligrosidad es derivado de la instrumentación que realizan las personas naturales.

Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían o no con la misma incidencia, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquellas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como “bienes escasos”, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente (Silva Sánchez, 2001).

El derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídicos penales son, seguramente, distintas.

En la doctrina especializada, la postura a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica es un excelente antídoto contra la estafa de etiquetas, y también relativiza a nuestro juicio el valor de las construcciones doctrinales que rechazan a toda costa que se hable de penas, y luego admiten solo que con otro nombre las mismas sanciones e incluso los mismos criterios de imputación. (Pradel, 2008, p. 147)

Es por ello que se debe tener en cuenta la importancia que tiene Responsabilizar las Personas Jurídicas, y la insuficiencia del Artículo 105 del CP, puesto que se trata de una medida accesoria y si no se logra responsabilizar con una pena principal en consecuencia no se podrá aplicar dicha medida accesoria; en suma, el Art 105 es una norma se ha convertido en una regla inaplicable por razones de cultura judicial, razones de desconocimiento la cual implica una sanción previa para ser aplicado. Son pocos los casos en los que se aplicado este Art. 105 ejemplo el caso América TV, que más adelante será explicado.

1.2. Tipo de responsabilidad de la persona jurídica

1.2.1. Administrativa

Es aquella responsabilidad que se implementó con la Ley N°30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional; ley que tenía como finalidad romper el mito del famoso principio *societas delinquere non potest*. Sin embargo, se interpretó de manera errónea

puesto que la Ley recurre al término “responsabilidad administrativa” para identificar el tipo de responsabilidad regulada por la misma, más no que la determinación de la responsabilidad se llevara a cabo en una sede administrativa, sino en una sede penal, por un juez penal, en el marco y con las garantías de un proceso penal.

En ese sentido, Caro Coria (2016) indica que la Ley N.º 30424 incurre en un *fraude de etiquetas* al denominar “administrativa” a lo que en rigor es una responsabilidad penal corporativa. Para defender esa idea, el mencionado autor acude al art. 4 de dicha norma, donde se establece la responsabilidad autónoma de la empresa, lo que pondría de manifiesto que no es correcto concluir que la sanción “administrativa” contra la persona jurídica es consecuencia automática e inmediata del delito de la persona natural, sirviendo ello para descartar que nos encontremos ante algún tipo de responsabilidad “accesoria”, que no requiera acreditar la culpabilidad de la empresa (p. 689).

Estamos, por tanto, ante un régimen de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, distinto y paralelo al de la persona física, y a la que algunos prefieren llamar administrativa o civil patrimonial para evitar el estigma que la pena acarrearía para la reputación de la empresa: no es lo mismo concluir que una corporación fue sancionada administrativamente por el delito de corrupción cometido por uno de sus empleados a decir que la empresa fue condenada penalmente por un acto de corrupción cometido por ella. (Caro,2019,p.587).

Finalmente se puede decir que estamos ante un sistema mixto o híbrido, penal y administrativo a la vez; penal porque la medida lo impone un juez penal en un proceso penal, y administrativo porque no se requerirá la culpabilidad de la persona jurídica, con lo que se trataría de una suerte de responsabilidad objetiva del ente colectivo. Sin embargo, no es aceptado por dos motivos: primero porque una “administrativación” de la sanción no puede conllevar a la pérdida de una garantía esencial del Derecho Sancionador, la exigencia de culpabilidad es un límite al *ius puniendi* estatal o administrativo. Y, en segundo término, porque la propia Ley establece en el Art. 17.1 la posibilidad de que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad si adopta e implementa, antes de la comisión del delito, un modelo

de prevención; es decir cuando se organiza para administrar el riesgo dentro de los niveles permitidos.

1.2.2. Civil

La responsabilidad civil, es entendida como la obligación impuesta, en reacción del ordenamiento jurídico, a quien infringe un deber jurídico, dañando a otro. Así pues, el Doctor Fernández Vidal Ramírez (2002), señala que el daño es el factor determinante y fundamental de la responsabilidad civil, aquel fenómeno jurídico que se remontan a las primeras manifestaciones de la actividad humana, partiendo del instinto de venganza de quien era víctima de un daño, para luego pasar a lo que hoy conocemos a la etapa de resarcimiento o reparación de un daño en cuestión (p.265).

Existen dos tipos responsabilidad civil: contractual y extracontractual, la primera constituye una forma de ejecución forzada de la obligación incumplida, y la segunda, una sanción por un daño injustificado ocasionado es considerado como el motivo de una serie de mal entendidos y de un desorden en general en el sistema del derecho de la responsabilidad y de los contratos

La comisión de un delito genera consecuencias jurídicas de diferente naturaleza, algunas de ellas son las consecuencias jurídico-civiles, es decir, la reparación civil que deriva de un delito (Reyna, 2016, P. 437). Las personas jurídicas no se sustraen a dicha responsabilidad civil en la medida que su actuación respecto del delito no cumple los presupuestos mínimos (daño, antijuricidad o ilicitud, nexo causal y factores de atribución) exigidos para tal atribución, realización de un delito y responsabilidad de la persona jurídica.

En conclusión, la responsabilidad civil: es el conjunto de normas que, como sanción, obligan a reparar las consecuencias dañosas, emergentes de un comportamiento antijurídico, que es imputable, física o moralmente, a una persona. Esta definición nos otorga un panorama muy completo de lo que es la responsabilidad en general,

ya que no hace diferencia entre lo que es la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

1.2.3. Penal

Es la consecuencia jurídica derivada de la comisión de un hecho tipificado en la ley penal, toda vez que dicho hecho sea contrario al ordenamiento jurídico, es decir sea antijurídico; además de punible. Generan responsabilidad penal todas aquellas acciones humanas “voluntarias” que lesionen o generen un riesgo inminente a un bien jurídicamente protegido por el ordenamiento jurídico. La comisión de un delito o falta generará responsabilidad penal.

Al parecer, regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una asignatura pendiente de nuestros legisladores, lo cual tiene el respaldo de un sector mayoritario de la doctrina nacional y extranjera, y en aquellos países donde ya se encuentra regulado, no es sino resistido y aceptado por el mayor empuje de la ley.

Se llega a determinar que, en el proceso penal actual, las personas jurídicas, al igual que las personas naturales, tienen un conjunto de derechos y garantías procesales como presupuesto para la aplicación de consecuencias accesorias. Así, Hurtado Pozo señala: “Se trata, en tanto resulten compatibles con su índole, de los mismos derechos y garantías atribuidos a una persona natural que tiene la condición de imputada.

Por ejemplo, el derecho a la defensa, la posibilidad irrestricta de contradicción procesal y la impugnación de toda resolución que le sea desfavorable. El contexto del reconocimiento de estos derechos y garantías es la presunción de inocencia y el debido proceso” (Hurtado, 2015, p. 187).

La naturaleza de la sanción está condicionada por la ley que la comprenda y por el órgano que la imponga. Así, la multa prevista en el CP y aplicada por un juez penal será una sanción penal, de la misma manera que una multa regulada en el derecho

tributario y aplicada por la autoridad administrativa será indudablemente una sanción administrativa.

1.3. El compliance aplicable a las personas jurídicas

Los programas de prevención o compliance, así como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, provienen del derecho anglosajón: “constituyen una reacción a los espectaculares escándalos en el campo de la criminalidad económica que ocurrieron hace poco en los EE.UU., como también en Europa [...] han corroborado, en los últimos años, el diagnóstico dado *pioneramente por Tiedemann* en el sentido de que la criminalidad económica también puede llevar a la ruina de empresas grandes y causar graves perjuicios para toda la sociedad”. Esta constatación, nos dice *Sieber*, ha obligado a imponer a las empresas mecanismos de control en la dirección empresarial destinadas a impedir la criminalidad empresarial bajo distintas denominaciones: programas de compliance.

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base del debido control o deficiencia de la organización obliga a los administradores a instalar un sistema que garantice el debido control de cumplimiento normativo y prevención del delito. Tiedemann (2015) construyó la teoría del “defecto organizativo” o “culpa organizativa” según la cual el responsable no es el trabajador que comete la infracción sino “la inobservancia de parte de la empresa de tomar las previsiones necesarias para que su conducta sea con la norma (la llamada culpa previa)” (p. 31).

El sistema de responsabilidad de las personas jurídicas contiene el “modelo de prevención” o cumplimiento normativo (compliance program) como una causa de exención de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Dado que la responsabilidad de la persona jurídica proviene de la ausencia de control de los órganos, se considera que la implementación de un modelo de prevención certificado se pueda controlar o evitar el riesgo de la comisión del delito de cohecho

pasivo internacional; el único tipo penal previsto en la legislación nacional contra la persona jurídica.

En líneas generales el programa de compliance se elabora sobre el análisis de riesgos potenciales en una empresa de acuerdo a sus actividades a partir del cual se establecen los procesos de prevención y se designa el órgano autónomo responsable de su ejecución.

Los programas de compliance no solo están referidos a la comisión del delito de cohecho activo internacional ni han sido creados por la legislación sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que han sido adoptados en las empresas como parte del buen gobierno corporativo al adoptar prácticas o modelos de conducta éticas. Es por ello que, en nuestro país, la legislación sobre prevención de lavado de activo y financiamiento terrorista ha impuesto a las empresas susceptibles de ser contaminadas de dinero ilícito la elaboración de modelos de prevención en el cual se designa un oficial de cumplimiento para reportar operaciones sospechosas. Sin embargo, no solo tiene implicancias desde, el punto de vista penal pues el Estado actúa desde una perspectiva ex ante buscando evitar ilícitos penales en los distintos ámbitos.

1.4. Tratado de la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas

El estado actual en nuestro sistema penal es la escisión entre el injusto personal y el injusto estructural o colectivo, salvo algunos delitos donde por cuestiones de política criminal el estado ha estimado como conveniente que sean imputables de manera directa con sanciones de tipo administrativo a personas jurídicas. De cualquier manera, el universo de estos delitos es escaso: cohecho activo genérico; el lavado de activos y otros relacionados con el crimen organizado como: minería ilegal y la organización criminal.

El CP de 1991, establece la aplicación de normas secundarias (Silva, 19992, p. 340), normas de sanción, a través del representante de la persona jurídica, aunque los elementos especiales del tipo penal no concurren en él, pero si en su representada. Esto para evitar vacíos de impunidad, la actuación en lugar de otro evita que la persona cualificada bien sea por un deber de garante de carácter extrapenal pueda actuar a través de otro. Sin duda, este precepto implica a un círculo de autores bastante extenso e incluye a todos los órganos de representación de la persona jurídica, así como a los que haya sido nombrado por los mismos.

Los deberes de garante de los autores o a la asunción fáctica de los mismos- piénsese en los administradores de hecho dimanar y se extienden aunque no haya convergencia de elementos especiales de su autoría (v.g. condición de deudor, empresario, personas vinculadas por un deber de fidelidad acuerdos de confidencialidad, etc.). Lo contrario ocurre en el derecho comparado donde los “elementos personales especiales” surgen como una función de delimitación del tipo penal (Gómez, 2017, p. 247). A través de este criterio, del ilícito penal personal puede ser posible de aplicación a una persona jurídica, con las normas de sanción denominadas: “consecuencias accesorias”; siempre y cuando esta haya sido instrumentalizada para cometer los ilícitos penales personales de quien detentaba el deber de garante p la asunción fáctica de dominio funcional del hecho sobre un pretendido ilícito penal estructurado.

El fundamento jurídico sexto del acuerdo plenario N° 7/ 2009-CJ-116 el mismo que será analizado más adelante, acierta en afirmar que la introducción de la extensión de imputación: “actuar en lugar de otro” se debió a una exigencia del derecho comparado. Hemos podido apreciar que, en el derecho comparado, a la extensión de punibilidad solo depende de la función social del autor de esta manera se restringen o delimitan los “elementos especiales del tipo”. En el derecho nacional, había un debate por quienes consideraban que las consecuencias accesorias eran un “fraude de etiquetas” pues en el fondo se determinaban sanciones

administrativas, en un proceso penal, lo cual implica asumir un principio de culpabilidad a las personas jurídicas.

Esta discusión teórica, aún no cuenta con una construcción de tipos de imputación acabada en nuestra tradición jurídica. Por tanto, las sanciones a las personas jurídicas, en nuestro sistema penal siguen siendo de carácter administrativo. Lo que ha sucedido es que, gracias a la reforma procesal penal, sin mayores fricciones en el ámbito sustantivo, porque las normas procesales están destinadas a tutelar de derechos fundamentales sea de personas que hayan cometido ilícitos penales personales o ilícitos penales estructurados o corporativos; lo cual hace más fácil la aplicación o no de “consecuencias accesorias” a las empresas.

Siguiendo este direccionamiento de política criminal es que se presentan los proyectos legislativos al Congreso de la República, propulsados y patrocinados por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), con el fin de que el Perú pueda ingresar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), organismo de cooperación internacional, compuesto por 34 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Así también, mantener la participación del Perú en el Grupo Antisoborno de la OCDE.

Son esto compromisos internacionales, así como las estructuras criminales (derecho penal económico) de la modernidad la que motivaban el derrumbamiento del *societas delinquere non potest*. Sin embargo, la Ley N.º 30424, del 20 de abril del 2015, da cuerpo a una Ley especial, en la cual se determina la “responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, por tanto, se da patente a un reconocimiento de que en realidad ya estaba consagrado en la *lex lata*.

Es decir, siempre la persona jurídica ha sido pasible de responder administrativamente por los defectos de organización que pueden tomar lugar en su marcha societaria. Así, la Ley 30424 al disponer en su artículo 1 que: “*La presente*

Ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el art. 397-A del Código Penal". Estableciéndose en el art. 2 (in fine) que: "Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta".

Es sabido, que la imposición de sanciones a la persona jurídica como consecuencia de un injusto penal cometido a través de sus estructuras societarias, tiene como premisa indispensable, la identificación de las personas físicas; quienes desde el dominio social típico que les otorga la posición de dominio que detentan en la persona jurídica, que dan, por tanto, sujetas a una declaración condenatoria de culpabilidad, siguiendo en estricto la literalidad normativa que se expresa en el Título VI del CP. Es decir, no resulta legalmente admisible sancionar a la empresa con las medidas que allí se detallan, si es que no se cuenta con la acreditada responsabilidad penal de las personas físicas que ejercen sus órganos de representación.

De acuerdo a lo analizado se llega a plantear que la naturaleza de la responsabilidad se puede derivar de la estrecha relación entre el delito y la imputación de la responsabilidad a la entidad colectiva; de las sanciones sumamente restrictivas para la entidad responsable, que incluyen la suspensión de sus actividades; además de que la responsabilidad de la entidad se establece en el marco del proceso penal ante un juez penal.

1.5. Análisis de casos suscitados en el Estado peruano

1.5.1. Acuerdo plenario N° 7/2009/CJ-116

En dicho Acuerdo Plenario se identifica como problema la escasa aplicación que se tiene de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas por parte de los jueces y tribunales peruanos. Puesto que señala que a más de 18 años de la vigencia del CP el desarrollo jurisprudencial producido no ha sido satisfactorio y menos relevante; reconociendo como causa del problema la ausencia de previsiones legales expresas en el Art. 105 del CP, que instruyan a los jueces respecto a las condiciones de fundamentación y determinación de las consecuencias accesorias, y; por otro lado, a los problemas de articulación procedimental de dichas medidas, dado la ausencia de una norma procesal dentro del antiguo Código de Procedimientos Penales que hubiese permitido , una vez incorporadas dichas medidas al CP.

Sin embargo, existen críticas al Acuerdo plenario antes mencionado, que señalan que solo hace referencia respecto a la imposición de la disolución de la personas jurídica a aquellos casos en los que la persona jurídica se constituyó con el propósito de desfavorecer, facilitar o encubrir actividades ilícitas, es decir cuando el sentido de la constitución de la ´persona jurídica es delictivo, dejando de lado aquellos supuestos en los que el sentido delictivo de la persona jurídica responde más bien a un giro de negocio (Caro,2019,p.518).

1.5.2. Caso América TV Expe. N° 011-2201 sentencia de fecha 8 de agosto del 2006

En el caso America TV, la Segunda Sala Penal Especializada (sentencia del 8 de agosto del 2006) impuso consecuencias accesorias a dos personas jurídica: la primera, la empresa “Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anonima – Canal Cuatro”; por haber sido instrumentalizada por uno de los ex directivos, para cometer, para favorecer el delito de Peculado en grado de complicidad en agravio del Estado, la segunda empresa “La Plenicie Properties S.A.” persona jurídica que

no tenía otro propósito que facilitar la apropiación de caudales estatales por parte de Jose Enrique Crousillar López Torres, Caro Coria (2019).

En este caso nos podemos dar cuenta que la “Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anonima – Canal Cuatro” se le está imponiendo una consecuencia accesoria poco trascendente y meramente declarativa, pues la medida consiste en la prohibición contemplada en el inciso 4 del Arti. 105 del C.P que señala la Prohibición a la sociedad de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto del delito, con la cual, señala la propia sentencia que dicha persona jurídica queda prohibida de concertar con algún funcionario público la entrega de su línea editorial a cambio de caudales estatales. Con respecto a la empresa “La Plenicie Properties S.A.” señalo la consecuencia accesoria de que habilite un estadio procesal a efectos de que cautele su derecho a la defensa.

CAPÍTULO II

DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN RELACIÓN AL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

CAPÍTULO II

DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN RELACIÓN AL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

En el presente capítulo, se explicara el delito de contaminación ambiental su desarrollo objetivo y subjetivo, la reformas que se han sucitado, el medio ambiente como bien jurídico protegido,el la importancia que tiene proteger el medio ambiente por parte del Estado y los organismos que estan a cargo de dicha protección.

2.1. El delito de contaminación ambiental

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

Tal y como lo señala Foy (2016):

“La necesidad del Estado peruano por suscribir un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica propició toda una reforma legislativa en varios campos de la juridicidad. Para el país del norte resulta indispensable que el Perú adecue su derecho positivo, de acuerdo a cierto estándar normativo, amén de proteger eficazmente los recursos naturales, la fauna silvestre, los derechos intelectuales y la propiedad industrial. Entonces, han sido los compromisos contraídos con Estados Unidos y no la discusión deliberante de los actos involucrados los que han incidido en la reforma político-criminal de los delitos ambientales, contrario a los principios que rigen un Estado constitucional de derecho. Fue entonces, la presión internacional la que encaminó la protección jurídico normativa. Dicha inferencia no da ha a entender de forma rayana que la reforma penal haya sido equivocada en todos los casos”. (p. 51-73)

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

Al respecto, Alfie (2013) refiere :

“La ley en blanco se limita a establecer que un género de conducta debe ser castigado con una determinada pena, delegando la estructuración de la acción punible en otra disposición”. (p. 213)

Por todas estas razones, desde nuestro punto de vista, hoy por hoy es de recibo en el Perú, lo señalado por Caro (2008) respecto a la situación del derecho penal ambiental:

“La conclusión evidente es que el derecho penal, al menos en sus actuales condiciones de aplicación, es un instrumento limitado para contener el

deterioro del medio ambiente. La configuración de los tipos penales obedece más a la validación de los intereses del capital que a un compromiso real por la conservación del medio ambiente. El Estado le encarga a la administración de justicia la misión de modelar la sociedad sin instrumentos razonables para hacerlo. Desde esta perspectiva, no podemos desconocer que el derecho ambiental, al menos en el ámbito de regulación del Código Penal, no es capaz de cumplir la exigencia del 'principio de utilidad' si asumimos como criterio de medición el nivel de ineficacia en la persecución y represión de los delitos ambientales, como fácilmente podrían constatarlo las estadísticas". (p. 93-104)

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

El primer problema basado en las conductas dañosas de perjuicio para el medio ambiente, están relacionadas a los delitos de contaminación ambiental, el sector de minería ilegal y el tráfico ilegal de residuos peligrosos, entre otros, pues la mayoría de estos son cometidos por personas y representantes de empresas que tienen gran poder económico, las cuales no se encuentran debidamente reglamentadas en función a las penas que requieren dicha actividad; puesto que en la mayoría de los casos recurren a los mecanismos de simplificación procesal como el principio de oportunidad etc., generando hasta cierto punto una situación de impunidad ambiental.

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

El segundo problema referido a los delitos contra los recursos naturales que en su gran mayoría son cometidos por agricultores y/o pescadores artesanales, personas de bajos recursos económicos y de bajo nivel de instrucción, donde las penas son más gravosas, y no es posible optar por el principio de oportunidad a pesar que existe un grave problema de tipicidad debido a que tanto el tipo penal como la norma administrativa no ha establecido un límite mínimo de cantidad o peso respecto de los recursos indebidamente extraídos, capturados o cazados, lo que está generando la imposición de diversas sentencias por conductas escasamente lesivas al bien jurídico protegido, generando hasta cierto punto un abuso del poder penal (Márquez, 2007, p. 108).

2.1.1. Tipicidad Objetiva

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

La Real Academia Española (2015), afirma que para empezar, a nuestra consideración, es primordial definir qué es contaminación y encontraremos, entre muchas, las siguientes definiciones: “acción y efecto de contaminar”, “es la introducción de sustancias en un medio que provocan que este sea inseguro y no apto para el uso”, “la contaminación se denomina a la presencia en el ambiente de cualquier agente químico, físico o biológico nocivos para la salud o el bienestar de la población, de la vida animal o vegetal” (Reyna, 2015).

Bajo estos conceptos, es claro que cualquier circunstancia puede causar contaminación y muchas veces en las denuncias penales se plasma cualquier circunstancia como delito de contaminación del ambiente; sin embargo, si bien ello podría tener connotación ambiental, no significa que necesariamente configuraría una infracción o falta administrativa ambiental y mucho menos configurará un delito de contaminación del ambiente. Por otro lado, ya remitiéndonos al CP, el art. 304

no señala como acción típica del delito contaminación ambiental “el que contamina”, o tal vez, “el que contamina y causa daño al ambiente”, esto último como para dar una justificación penal a la acción de contaminar: ello no opera así en el tema penal ambiental.

El art. 304 ha formulado un tipo penal, de acuerdo a nuestra apreciación, uno de los más complejos del CP, utilizando en primer lugar la técnica de la ley penal en blanco, al referirse a la infracción de leyes, reglamentos o límites máximos permisibles en adelante LMP, es decir, en un primer momento el tipo penal nos remite a normas extrapenales, a estas leyes, reglamentos y LMP que forman parte del marco normativo ambiental y que se encuentran además dentro de la política de gestión ambiental, como ya se ha señalado en el presente.

Continuando con el análisis, se hace referencia a la provocación o realización de descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes, respecto de estas acciones se ha utilizado un “lenguaje técnico ambiental”, es decir no se trata de cualquier tipo de acción y menos aún se podría utilizar analogía al respecto ya que, además, la misma está proscrita en el derecho penal (Wieland, 2017).

Estas acciones son las que se realizan dentro de las actividades que pueden generar riesgos para el medio ambiente según el marco de gestión ambiental en el país y están directamente relacionadas a las leyes, reglamentos o LMP cuya infracción es condición para la comisión del delito.

2.1.1.1. Sujeto activo

Hace alusión a un elemento condicionalmente de autoría, en el sentido de exigir una cualidad funcional o de otra índole para ser considerado sujeto activo del delito de contaminación ambiental; por lo que se trata de un delito común

Autores, serán todo aquellos que cuenten con el dominio del acontecer típico, quienes tienen la posibilidad de frustrar el evento típico, como protagonistas del suceso delictivo. Dicho dominio funcional puede ser compartido por varias

personas, siempre que en aquellos concurren todos los elementos exigibles para el caso de una coautoría (Peña, 2013), de no ser así su intervención delictiva ha de ser calificada como participes.

Los efectos perjudiciales del injusto ambiental pueden ser atribuidos a una persona jurídica, a una empresa que vierte residuos sólidos en el suelo en el marco de su actividad productiva. Empero, es sabido que estas corporaciones empresariales no cuentan con los elementos necesarios para que puede formularse la imputación jurídico penal; de forma que deben ser identificados debidamente los individuos que ostentan con el dominio social típico, es decir, los gestores de las decisiones que se toman en los aparatos de representación y control de la sociedades; levantando el velo que cubre la estructura social, podremos advertir que personas son los verdaderos autores del delito.

Al constituir un tipo penal, común, no será necesario acudir a la formula normativa del actuar en lugar de otro, al no exigirse cualidad especial alguna para ser considerado autor a efectos penales.

2.1.1.2. Sujeto pasivo

Al recoger el tipo legal la protección de un bien jurídico supraindividual, trataría de un interés difuso de orden colectivo, por lo que la sociedad en su conjunto sería agraviada. No obstante, a efectos procesales serán aquellas instituciones a las cuales se le reconoce el “patrocinio difuso”, las cuales asumirán la calidad de denunciante, en concordancia con lo previsto en el art. 82 del CPC.

Sin embargo, al parecer lo que busca el legislador es que la infracción de la norma administrativa determine el hecho como delito de contaminación del medio ambiente, de tal suerte que no cualquier acción de afectación a este podría ser calificada como delito, por otro lado, el tipo penal requiere que la autoridad ambiental debe evaluar la gravedad de los daños generados.

2.1.2. Tipicidad Subjetiva

Con respecto a la tipicidad jurídica el legislador, en el proceso de selección de los bienes jurídicos que considera dignos y necesarios de tutela penal, se debe orientar por los valores mayoritariamente reconocidos en la comunidad y por el objetivo de atender los reclamos sociales más insistentes y justos. Evitará dejarse influir por exigencias irracionales y emotivas advenidas de determinadas parcelas de la colectividad. Empero la persona jurídica solo puede ser pasible de responsabilidad de carácter objetivo, porque es la que inserta el riesgo en la sociedad y ella misma debe asumir los daños que se produzcan como consecuencia de los actos que realicen sus órganos, representantes o dependientes en el ejercicio de sus funciones. Únicamente se considera dentro de la responsabilidad subjetiva a los seres humanos, por ello la doctrina considera a la persona colectiva correctamente calificada como responsable civil mas no como autor, porque ser autor implicaría dominio funcional del hecho, es decir, la voluntariedad (Mispireta, 2001, p. 58).

En cuanto a la responsabilidad de carácter objetivo de una persona jurídica por los posibles daños ambientales que pueda causar. El problema se inicia cuando escudriñamos supuestos de aplicación de responsabilidad objetiva en una persona jurídica en nuestro sistema legal. Esto dado que en nuestro sistema de responsabilidad civil, no se ha previsto supuesto alguno sobre la responsabilidad civil. De las personas jurídicas. Ante esta carencia, cualquier solución práctica se ha llevado a cabo, aunque no necesariamente la más acertada, como el caso de algunos jueces que acuden a una aplicación de los arts. 1981 y 1325 del Código Civil, lo que implica interpretar supuestos de responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual de manera asistemática (Mispireta, 2016, p. 59).

De acuerdo a lo expresado por Vargas (2017), señala que:

“En toda norma jurídico penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública.

Tales bienes elementales son por ejemplo: la vida humana, la integridad corporal, la libertad personal de acción y de movimiento, la propiedad, el patrimonio, la seguridad del tráfico, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, el orden constitucional, la paz pública, la seguridad exterior, la protección de las minorías nacionales, étnicas o culturales frente al peligro de exterminio o de un trato indigno, la protección de órganos estatales extranjeros, así como de sus símbolos y emblemas, el trato humanitario de los prisioneros de guerra, etc. Estos valores se convierten en bienes jurídicos gracias a su incorporación a la esfera de protección del orden jurídico” (p. 9-10)

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

2.2. Reforma político criminal del delito de contaminación ambiental D.L N° 1352

En nuestra legislación peruana, el art. IV del Título Preliminar de la LGA, reconoce la capacidad jurídica de toda persona para recurrir a las acciones legales, con la finalidad protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así. Como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquello. Pero, contradictoriamente el art. 82 del Código Procesal Civil, modificado por el art. 1 de la Ley N.º 27752, publicada el 08 de junio del 2002, señala que solamente pueden promover o intervenir en procesos en defensa del medio ambiente, el Ministerio Público, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, las comunidades campesinas y/o las comunidades nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro.

En la responsabilidad extracontractual la función reparadora se hace efectiva mediante el restablecimiento a la situación anterior a la comisión del hecho ilícito, y

en defecto del restablecimiento integral existe la compensación económica a través del pago de daños y perjuicios (Puig, 198, 94) una vez individualizado el daño y el causante. En ambos casos exige la individualización del daño y del causante.

Pero en el caso de los daños ambientales es casi imposible la reparación *in natura* o integral del medio ambiente dañado, anterior a la ocurrencia del hecho ilícito, porque, generalmente en los daños ambientales resulta difícil individualizar al daño y al factor o factores causantes del mismo (necesariamente pediríamos apoyo a los técnicos ambientalistas), como también es dificultoso establecer quienes realmente sufren las consecuencias del daño producido; también porque las características propias del medio ambiente como conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismos vivos) lo hacen en sí imposibles.

Un claro ejemplo, la Ley de Recursos Hídricos N° 29338 en su art. 120 señala infracción en materia de aguas y el numeral 9 señala como tal el realizar vertimientos sin autorización, nuevamente encontramos la misma relación, es decir la norma que se infringe hace referencia a la acción correspondiente (Huertas, 2013). Seguidamente, el tipo penal señala cuáles son los elementos materia de afectación como consecuencia de las referidas acciones y solo estamos ante tres posibilidades: aire, agua o suelo, tres elementos del medio ambiente en su estado natural.

En cuanto al agua, se hace referencia a cuerpos de agua terrestres, marítimos o subterráneos, entonces estamos hablando de una afectación de ríos, mares, lagos, (cuerpos de agua natural) donde lógicamente el daño a este elemento del medio ambiente se torne grave o posiblemente grave y el tipo penal señala (Silva, 2015, p. 57), además, que ello es según la calificación reglamentaria de la autoridad competente, apareciendo nuevamente la relación establecida en los dos elementos normativos del tipo penal ya mencionados, la infracción de normas que provoca a su vez acciones, y como ya existe una infracción ante la autoridad del sector competente, la calificación reglamentaria está referida a esta infracción que vendría a ser una redundancia en la redacción del tipo penal.

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

Finalmente, es importante indicar que las normas peruanas en materia penal no contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debiendo individualizarse dicha responsabilidad en las personas jurídicas, debiendo individualizarse dicha responsabilidad en las personas naturales que las conforman, atendiendo a las normas de la autoría y participación. No obstante, a lo anterior mencionado, existen sanciones de las que puede ser objeto una persona jurídica dentro de un proceso penal, ya sea de orden civil o administrativo.

2.3. El daño ambiental

Daño ambiental es toda acción, omisión, comportamiento u acto ejercido por un sujeto físico o jurídico, público o privado, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente y significativo, algún elemento constitutivo del concepto ambiente, rompiéndose con ello el equilibrio propio y natural de los ecosistemas. Si bien el daño ambiental puede ser producido de manera casual, fortuita o accidental, por parte de la misma naturaleza, el daño jurídicamente regulable es aquel que es generado por una acción u omisión humana que llega a degradar o contaminar de manera significativa y relevante el medio ambiente.

Se tiene en cuenta que el daño ambiental busca la secuencia lógica en función al hecho causante del daño teniendo en cuenta el derecho penal y la estructura que este genera a través de la acción típica relevante. Wieland (2017) expresa: que el hecho causante se da en relación a la conducta del agente en donde busca la materialización de la comisión a través de la afectación del bien jurídico como

también tener en cuenta la esencia del derecho ambiental en función a su pérdida o deterioro del bien (p. 34).

El daño ambiental además de afectar el equilibrio propio de los ecosistemas, la biodiversidad, y la salud en general, en muchas ocasiones perjudica los derechos subjetivos e intereses legítimos de una pluralidad de sujetos, los cuales pueden ser de fácil o difícil individualización, dependiendo del tipo y gravedad del daño acontecido, siendo en la mayoría de los casos la comunidad como un todo la afectada, asistiéndole a todos y cada uno de los sujetos que la conforman, legitimación activa para actuar en su defensa y tutela, al verse vulnerarse un interés de naturaleza difusa (Reyna,2015,p.127).

La conducta degradante o contaminante del ambiente puede ser tanto lícita como ilícita. La licitud o ilicitud depende de su conformidad o no con el ordenamiento jurídico. Se considera lícita, la conducta activa u omisiva, que se encuentra en concordancia con el bloque de legalidad imperante, y, por tanto, cuenta con el permiso de las autoridades correspondientes, pero que, a pesar de ello, es generadora de daños, aun cuando no se sobrepasan los límites establecido por la normativa administrativa o por la autorización. Por otro lado, se considera ilícita aquella actuación que violente el ordenamiento, y, por tanto, no cuente con los permisos de rigor otorgados por las autoridades administrativas o judiciales, o bien, sobrepase los estándares mínimos de tolerabilidad.

Desde un punto de vista temporal el daño ambiental se podría catalogar como de continuado, permanente o bien progresivo. El daño continuado es aquel que es producto de un proceso dilatado en tiempo, y por lo tanto su desarrollo no es consecuencia de una única acción localizable en el tiempo, sino que es obra de un conjunto o sucesión de actos, de un mismo o varios autores, en épocas diversas. Si los efectos del daño ambiental continúan en el tiempo, estaríamos en presencia de un daño permanente. Por su parte, daño progresivo es aquel que es producto de una serie de actos sucesivos, cuya conjugación provoca un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente generados por cada acto lesivo; es lo que los científicos denominan procesos de saturación.

Asimismo, se debe considerar que la responsabilidad civil permite que se pueda compensar aquel daño que se ha realizado al medio ambiente por parte de los infractores en relación a la conducta infractora pues este daño proviene de los hechos delictivos precisamente aquellos actos los cuales no constituyen delitos sino solo capacidad de acción y culpabilidad por parte del agente teniendo en cuenta que en cada caso de ilicitud ambiente tiene que tener una responsabilidad civil frente al daño causante , esto quiere decir que es los casos de responsabilidad civil no solo tiene que darse un resarcimiento determinado sino también ejecutarse un proceso penal(Huertas, 2013, p. 52)

Por otro lado hablar de responsabilidad es determinar que el delito proveniente específicamente del hecho causante del daño en este ámbito, en donde se tendrá en cuenta que acreditar de acuerdo a lo que se estable frente a un hecho penalmente relevante, entendiéndose por tal a una acción que reviste los elementos de una acción típica, antijurídica culpable como se verá más adelante. Se dice que “el daño genera un deterioro ya sea de manera parcial o tal en consecuencia a lo que sufre una persona ya sea por sus bienes naturales o sus mismas propiedades” (Larenz, 1959, p. 37).

Por ello, el daño ambiental necesariamente es más viable en base al sistema de responsabilidad objetiva, pues parte del supuesto de que el mismo favorece a la consecución de los objetivos medio ambientales y la solidaridad social, que requiere la abstención de todo hecho que pudiera comprometer la salud o la vida de las personas.

Así también, y quizás la razón más preponderante de considerar al daño ambiental como un daño de carácter objetivo, es "la gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios de responsabilidad ambiental" (Dirección General De Medio Ambiente De La Comisión Europea, 2000). Ello debido a las características peculiares del daño ambiental que mencionamos líneas arriba, es decir, un daño de carácter difuso, continuo, en ciertos casos con efectos al futuro, cuya cuantificación monetaria y reparación in natura resultan de suma dificultad, por no decirlo imposible. Por ello solo es

necesario tipificar y producir el daño, demostrar que dicho daño es producto de una actividad o inactividad riesgosa o peligrosa, o lo que en la doctrina se llama como el principio: "quien contamina paga". Quizás otro motivo sea el planteamiento según el cual la asunción del riesgo por posibles daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa no corresponde a la víctima ni al conjunto de la sociedad, sino a los responsables de la misma.

Ese mismo razonamiento es del profesor Fernando De Trazegnies (1993) al referirse que:

La responsabilidad por daño ambiental, como daño socialmente intolerable, es un caso típico de la responsabilidad por riesgo a que se refiere el art. 1970 del Código Civil. El ilustre profesor refiere que el causante al infringir un reglamento destinado a evitar la producción de un determinado riesgo, crea un riesgo adicional y que tiene objetivamente todas sus consecuencias, es decir, se refiere que el daño ambiental como daño intolerable, es una actividad de carácter riesgoso cuando se infringe el reglamento respectivo, pero no solamente es de carácter riesgoso cuando se infringe el reglamento, el autor también refiere que es de carácter riesgoso aun cuando se cumple en reglamento, debido a que: "los daños por contaminación son socialmente intolerantes per se debido a la gravedad y a la amplitud del riesgo que crean de tal manera, estos daños deben ser también incluidos en el campo de paliación del art. 1970" (p. 29).

Sin embargo, el análisis de los daños ambientales a través de los sistemas de responsabilidades del Código Civil peruano ha traído una serie de problemas en vez de soluciones. La razón la puede dar el mismo doctor Fernando De Trazegnies (1997) en sus palabras:

La dificultad obedece a que la responsabilidad extracontractual ha sido pensada fundamentalmente en daños interindividuales entre partes perfectamente definidas. En cambio, los daños ambientales se producen usualmente en condiciones masivas donde no siempre es posible una fácil

identificación del responsable, ni de la víctima: no se sabe bien quién entre los muchos que han actuado de manera contaminante es en particular el que causa el daño específico que se reclama: y tampoco se sabe con precisión cuantas personas han sido dañadas por esa actividad contaminante. De esta manera, la antigua responsabilidad y el antiguo interés que tenía un carácter individual y específico, se convierten en responsabilidades e intereses colectivos y muchas veces difuso (p.382).

Pues, en un determinado método en relación a la estructura de la responsabilidad civil, se prepara al todo en sus partes o elementos para conocerlas debidamente. Pero no por ellos podemos asumir que para la definición del daño tenemos que separar un concepto de daño, evento para la definición del daño tenemos que separar un concepto de daño evento y otro daño resarcible, pues como expresa claramente el propio (Alpa, 2001):

“El daño comprende evento lesivo y sus consecuencias: desde el punto de vista civilista no es necesario distinguir el evento de las consecuencias de pro si el evento podría parecer relevante pero no tener consecuencias” (p 519)

No debemos de confundir tradicionalmente entre “daño” y “perjuicio” pues ambos conceptos tienen contenido diverso, a la vez, que se sostiene que habrían tenido un origen distinto. Inclusive, algunas legislaciones extranjeras como el Código Civil mexicano diferencias entre daños y perjuicios y al parecer también el Código Civil argentino considera como daño al “daño emergente” y como perjuicio al “lucro cesante” (Osterling & Castillo, 2011, p. 399).

Existen también algunos criterios tradicionales que diferencian el daño del perjuicio, considerando al primero “como el menoscabo de un interés cualquiera y al segundo con la lesión de un interés jurídicamente protegido. Un derecho reconocido y protegido por las normas positivas” (Martinez, 2010, p. 160).

Si bien la Ley General del Ambiente de ahora en adelante LGA, contiene una regla general de responsabilidad administrativa y de responsabilidad social, se entiende

que la responsabilidad civil es independiente de la responsabilidad administrativa. Autorizada doctrina italiana nos enseña que "la experiencia comparatista y la comunitaria sugieren la coexistencia de la tutela administrativa y penal, es decir de perfil público, con la técnica de la responsabilidad civil" (Visintini, 2013, p. 87).

En materia de intereses difusos siempre ha sido discutido quien o quienes tienen legitimidad para obrar. El art. 143 zanja este problema al delimitar que:

"Cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la presente Ley, contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo III del Código Procesal Civil".

Nótese que esta regulación es bien diversa de lo preceptuado en el art. 82 C.P.C, el cual, en caso de la defensa de los intereses difusos, le otorga la legitimidad para obrar al Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural, a las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello, incluso a las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado ajuicio. ¿Qué disposición debe primar? Creo que no son excluyentes, sic et simpliciter, la LGA ha ampliado el respecto de los sujetos legitimados para obrar. En efecto, "el contaminador va a sobrellevar el beneficio y los costos de la contaminación, y tiene los incentivos adecuados para maximizar los beneficios netos del uso del terreno".

Así lo delimita el art. 144, el cual establece que:

"La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo

que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142 precedente, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir".

Se entiende que será el Juez quien deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En consecuencia, importa llegar a precisar que los límites cuantitativos dentro de los cuales el daño asume sentido jurídico, ya que el contenido material del daño en general es igual al íntegro del momento que lo compone, pero jurídicamente el concepto de daño no se identifica con el concepto natural del mismo; ya que por exigencias de la equidad, del orden público y la pacífica convivencia, el propio ordenamiento jurídico establece límites en la mensura del daño jurídicamente relevante. La entidad tipo de daño o la dimensión resarcible del mismo se reduce no solo según la eficiencia causal del hecho del agente sino también, en muchos casos, en base a sus grados de culpabilidad.

Foucault (2013) determina que:

“El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, un interés humano”, lo que el derecho tutela, el daño lo vulnera, por lo que contra este, el derecho apresta su propia reacción; pero debe entenderse que aun cuando en general, puede tratarse de cualquier interés tutelado por el ordenamiento jurídico, para el caso de daños provenientes del delito, que estamos tratando, solo se consideran los bienes e interés del delito, que estamos tratando, solo se consideran los bienes e intereses tutelados por la norma penal (aun cuando no puede descartarse a priori la reparación por lesión a objetos no tutelados penalmente) (p. 102).

El derogado Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, D. Leg. N° 611, del 07.10.90, establecía en su art. 141 que "En las acciones de abuso de derecho que sean interpuestas al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil y se refieran a la tutela de derechos de naturaleza ambiental, las medidas preventivas dictadas para evitar o suprimir el abuso solo podrán ser apelables en efecto devolutivo": El principio del abuso de derecho sigue vigente y está reconocido por la Constitución (art. 103) y el Código Civil." (Andaluz, 2013, p. 112).

En efecto, no obstante hemos visto que hasta las personas individualmente afectadas están legitimadas a pedir una indemnización, tenemos que delimitar qué universo comprendería la pretensión resarcitoria. Con razón, en doctrina se afirma que "otra cuestión es que el mismo hecho, que causa la degradación ambiental, pueda dar lugar contextualmente a daños injustos a los miembros de la colectividad individualmente considerados, incidiendo en los bienes propios de éstos (como la salud, la propiedad, otros derechos de goce). Para tales hipótesis puede hablarse de daño ambiental sólo en una acepción meramente descriptiva del hecho lesivo y no para indicar las características de la tutela, que serán aquellas propias del bien lesionado" (Cesare, 1990, p. 73).

Asimismo, se entiende que la noción de daño colectivo puede ser entendida restrictiva o ampliamente (Philippe, 2015, p.67). *Stricto sensu*, "el daño colectivo es aquel que resulta de la afectación del interés de una colectividad de individuos, prevista en tanto que es irreductible a la suma de los intereses individuales de los que la componen, sin tocar al interés general o público. Entonces, el daño no afecta ni a la persona natural o jurídica que solicita la reparación, ni a sus bienes, sino al interés colectivo en sí mismo considerado". *Lato sensu*, el daño colectivo se puede entender como un conjunto de daños individuales, patrimoniales o no, provocados por un mismo hecho generador.

2.3.1. La gravedad de los ilícitos ambientales, según la normatividad nacional

El tipo penal establecido en el art. 304 del CP dispone que la alteración, perjuicio y daño debe ser grave, y que el juez penal no será el que libremente decida si la afectación que la acción contaminante produce sobre el ambiente o sus componentes es grave o no, sino que lo determinará con base en la calificación reglamentaria realizada por la autoridad ambiental. Con relación a ello, el art. 149 de la LGA, dispone que en las investigaciones penales por los delitos ambientales será de exigencia obligatoria la emisión de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal.

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

En términos de García Caveró: “no solo un informe técnico no es una calificación reglamentaria, sino que una de sus particularidades es que carece de carácter vinculante, lo que no se condice con el tenor del tipo penal que vincula la decisión del juez a lo dispuesto reglamentariamente por la autoridad ambiental (García, 2014, p. 139)”.

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

ejemplo la probabilidad mayor o menor de lesión y la dimensión de la lesión previsible en función de la extensión del espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación o incidencia (Silva, 1999, p. 80).

Asimismo, entre los supuestos de perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental establecidos en la reglamentación administrativa tenemos el D. S. N.º 057-2004-PCM del 24 de julio del 2004, Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, cuyo numeral 2 del art. 147 establece las infracciones graves relacionadas al inadecuado manejo de los residuos sólidos que pueda generar afectación a la salud pública y al ambiente; las diversas ordenanzas municipales que fijan las infracciones por contaminación acústica según los decibeles excedidos; la normativa por exceso de LMP en efluentes y emisiones; la normativa emitida por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental de ahora en adelante OEFA referente a las actividades de su competencia (Resolución de Consejo Directivo N.º 035-2015-OEFA/CD, N.º 042-2015-OEFA/CD, N.º 043-2015-OEFA/CD), entre otras.

Caro Coria (1995), afirma que:

“el sujeto activo en el delito de contaminación del ambiente debe realizar una actividad económica, ello debido a que la introducción de los valores límite de emisión en la descripción típica solo puede referirse a actividades económicas permanentes como es el caso de la industria, ya que la exigencia típica de superar los límites de tolerabilidad solo tiene sentido en el marco de dichas actividades; asimismo, señala también que el legislador al incriminar la contaminación quiso referirse particularmente a la actividad industrial, por tanto, el sujeto activo puede ser cualquiera que ejerza una actividad económica, principalmente industrial.”(p. 222)

La Casación N.º383-2012-La Libertad, define respecto al delito de contaminación del ambiente, señala:

[...] En el presente caso, nos encontramos ante un delito omisivo de carácter permanente, toda vez que para la consumación requiere de la realización

de todos los elementos constitutivos de la figura legal, generando una mínima extensión temporal de acción; ya que su estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor.

Por otro lado, Peña Cabrera Freyre (2014), en comentario a la referida casación, indica que:

la omisión en el delito de contaminación del ambiente se funda en no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias para controlar adecuadamente un foco de riesgo; asimismo, menciona que al tomar lugar la no realización de una acción encaminada a salvaguardar la intangibilidad de un bien jurídico protegido, es decir, el agente no es que quede inerte en la facticidad, sino que hace cualquier cosa menos la exigida por la normatividad penal, entendiendo que es aquí donde radica la configuración del primer elemento normativo del tipo penal, es decir, la infracción de normas las cuales no son observadas y que dan lugar a las emisiones, descargas y demás acciones contempladas en el tipo penal las cuales solo pueden estar enmarcadas en actividades que de alguna forma se desarrollan con cierta temporalidad. (p.p. 35-36)

Queda claro, entonces, que el delito de contaminación del ambiente constituye un hecho ilícito que no se consuma de manera inmediata, sino que proviene de una actividad, pero no de cualquier actividad sino de una significativa que además se lleva a cabo de forma permanente con infracción de normas ambientales, concluyéndose también tras lo analizado que no existiría flagrancia delictiva para este tipo de delitos. Asimismo, como consecuencia de la permanencia o constancia de la conducta antijurídica se abre paso al resultado o consumación del delito: causar grave daño o la posibilidad de causar grave daño a los elementos del medio ambiente.

Solo en la permanencia de la actividad infractora radicaría la posibilidad de causar grave daño al ambiente ya que, al ser el impacto o el riesgo de algún modo

constante o latente, se hace difícil también el retorno a su estado anterior, circunstancia que habría llevado a penalizar este especial tipo de conducta.

Debe mencionarse que la comisión del delito de contaminación del ambiente no se configura únicamente mediante un hecho relacionado a un tema de actividad formal, es decir, dentro de la política de gestión ambiental dirigida a aquellos que están sujetos a la fiscalización ambiental en el marco del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental.

Debe tenerse presente que el art. 305 del CP contempla circunstancias agravantes respecto del delito en mención y una de estas es la clandestinidad, es decir, no necesariamente las actividades materia de infracción y posterior delito ambiental deben ser formales, puesto que de no serlas se agravaría la conducta delictiva.

Otra situación que bien puede desprenderse de lo ya señalado es la reiterada mención que han hecho algunos juristas respecto a que en nuestro país existen pocos límites máximos permisibles, es decir, parámetros contenidos en vertimientos, emisiones, descargas, etc. que determinada su superación ya causan afectación al elemento del medio ambiente sobre el que recaen o van directamente, ya sea aire, agua o suelo.

Lo indicado es en parte cierto, pero ello no quiere decir que si un hecho resulta siendo típico y se subsume dentro del delito de contaminación del ambiente no pueda dar lugar a la sanción penal correspondiente. En este sentido, debe señalarse que respecto a vertimientos existen límites máximos permisibles únicamente para los generados por algunas actividades como la actividad de curtiembres, plantas de tratamiento de aguas residuales entre otras; sin embargo, para las actividades que carecen de estos parámetros bien pueden utilizarse otros estándares o parámetros de control. Esta posibilidad se encuentra total y válidamente habilitada por la Ley General del Ambiente, Ley N.º28611, que en su segunda disposición transitoria, complementaria y final señala lo siguiente:

En tanto no se establezcan en el país Estándares de Calidad Ambiental, Límites Máximos Permisibles y otros estándares o parámetros para el

control y la protección ambiental, son de uso referencial los establecidos por instituciones de derecho internacional público como los de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Por ejemplo, si estamos ante un vertimiento contaminante que va directamente al río y que es generado por una actividad comercial o de producción, el hecho de que no exista específicamente LMP para los vertimientos de estas actividades no significa que no se pueda estar cometiendo delito, puesto que la caracterización de tal vertimiento puede ser sometido a otro tipo de parámetros que nos permitan establecer que esos vertimientos son contaminantes y están impactando el cuerpo de agua natural causando la posibilidad de su grave afectación, recordando además que estamos ante un delito de peligro concreto.

Se llega a determinar que, como consecuencia de ello, es casi imposible la configuración del delito de contaminación. También muchas veces se ha señalado que no se pueden utilizar estándares de calidad ambiental, contenidos en reglamentos, para imponer sanciones ya sean administrativas o judiciales, ello porque los mismos se utilizan o son referentes en el diseño de políticas ambientales.

2.4. El medio ambiente como bien jurídico protegido

Como es cuestionable respecto al derecho ambiental se tiene que en base al surgimiento y desarrollo se busca la necesidad de protección y el cuidado del medio ambiente pues lo que se quiere es que el proceso normativo logre controlar cada vez mejor el medio ambiente, es por tal motivo que el control social y el derecho administrativo sirven como herramienta de ayuda válida y útil frente a algunas conductas que requieran de regulación con la finalidad de poder estar en un ambiente sano y apto para la salud humana.

Respecto a esto se puede llegar a entender que en el derecho penal implanta una normativa en función a la acción denominada ultima ratio la cual ayuda a tutelar los bienes jurídicos que muchas veces son vulnerados por los delitos ambientales ya

sea con un conducta sumamente grave, es por ellos que se logra determinar que el código penal regule d una manera eficaz el medio ambiente para poder delimitar la protección el bien jurídico y así llegar a prevenir a través de sanciones aquellas conductas ilícitas ambientales y, por ende, merecedoras de un reproche penal.

Si bien hay quienes sostienen que la LGA hace referencia que se busca la protección del medio ambiente a través de mecanismos que ayuden a proteger el bien jurídico tutelado como es la “salud pública”.

La primera corriente doctrinaria, en la que se incorpora el autor Carlos Creus, que no solo se busca la protección en la salud de las personas sino también llegar a tomar conciencia del daño ambiental generado como también de tener en cuenta aquellos componentes vivos que actúan dentro del ecosistema. Peña (2013) opina que:

Lo expresado en el artículo 200 del código penal hace referencia al bien jurídico tutelado que es la salud pues esto ayuda a generar que el medio ambiente sea de manera equilibrado y sano para la sociedad ya que el sujeto activo en el principal factor que perjudica este delito ambiental, buscando la salud pública del individuo” (p. 105).

De acuerdo a la expresado se llega a establecer que la regulación penal en relación al medio ambiente busca dar un análisis en función a la conciencia que debe tener sobre el bien jurídico tutelado es decir llegar a proteger los delitos ambientes a través de la afectación del bien, pues actualmente la ley carece de razonabilidad ya que lo único que se aplica es una sanción penal de acuerdo al daño cometido, lo que busca el código penal es llegar a determinar las conductas ilícitas relevantes para buscar las necesidades del legislador e interponer un análisis doctrinal.

James (2004), en su ensayo titulado “Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales”, citando a José Hurtado Pozo y a Claus Roxin, expone que:

“Los delitos ambientales dado por el legislador son aquellos en los que la misma norma busca que la situación coyuntural dé conocer la vida en común de los presupuestos presentado así también como los bienes jurídicos en los que se presenta los delitos ambientales ya que el bien jurídico se basa en la concepción de los fines y el funcionamiento del mismo sistema” (p.28).

Es por eso que para llegar a determinar lo que se busca en un bien jurídico tutelado en relación a la materia ambiental, se tiene que tener en cuenta conceptos en relación a la regulación del medio ambiente.

Cafferatta (2007), refiriéndose al concepto de daño ambiental, explica sobre la noción de ambiente que se tiene y se adopte, por lo que:

“se llega determinar la identificación del medio ambiental conjuntamente con el patrimonio natural o la necesidad de los recursos naturales entonces se va a tener una noción clara sobre cómo se puede regular en el derecho ambiental la tutela de los bienes naturales como si fueran un elemento principal y en función a las características que los rodea como son el aire, agua, suelo, etc. ya que estos factores dan existencia a la vida del ser humano en la tierra.

Por otro lado, se toma en cuenta la noción del termino ambiental en un sentido mal amplio en donde incluye aspectos como el paisaje y el bien jurídico protegido por parte del daño ambiental como también de la protección de los recursos los cuales son bienes colectivos y valorativos que se le puede dar al daño equilibrio ecológica para un mejor concepto con respecto al daño ambiental (p. 87).

De tal modo, entiendo que el camino correcto para abordar este conflicto doctrinario será acudir a la norma fundamental de nuestro país, la que en su artículo 41 expresa (LGA, 2005):

“los seres humano tenemos el derecho de gozar de una ambiente sano en donde busca la opción del hombre con la naturaleza además de producir actividades que ayuden a satisfacer las necesidad del hombre y se comprometan con la procreación de generaciones futuras a través de la preservación ya que el daño ambiental actualmente genera que cuando un hombre lo produce tenga toda la necesidad de repararlo de acuerdo a como lo determina a ley, ya que tanto la norma como las autoridades competentes son los encargado de que se busque la protección de este derecho a través de la utilización de diversos recursos para poder preservar el medio ambiente así como la implementación de diversos presupuestos que ayuden a la protección y la jurisdicción local.

En función a la política ambiental nacional este busca que se llegue a cumplir algunos objetivos:

- a) Llegar a preservar y conserva aquellos ambientes que se encuentren en calidad de recursos y que sirvan de necesidad para la subsistencia del ser humano, así como también las reas culturales que forman parte de la naturaleza.*
- b) Determinar de qué manera se puede generar una mayor calidad de vida para las futuras generaciones*
- c) Promover el uso adecuado de los diversos recursos naturales ambientales*
- d) Mantener un amienta sano bajo un equilibrio ecológico en relación a los sistemas ecológicos;*
- e) Asegurar la protección conservadora de la diversidad biológica.”*

De este modo se llega a determinar que las normas planteadas en función a la protección del medio ambiente buscan no solo un compromiso internacional como se trató en la Conferencia de las Naciones Unidas de Estocolmo de 1.972 y la Conferencia “Cumbre de la Tierra” de Rio 1992 en la cual busca que se guarde una

relación también el hombre como el medio ambiente a través de herramientas que permiten afirmar un medio ambiente tutelado centrado en un patrimonio naturales como el aire, agua y suelo además de los recursos naturales que ayuden la estabilidad del hombre en la sociedad.

2.4.1. Importancia de la protección del derecho ambiental

El ordenamiento normativo ambiental en nuestro país es bastante complejo no solo por la cantidad de normas que existen sino por la variedad de especialidades que abarca la materia, que van desde el tema de ordenamiento territorial vinculado al derecho urbanístico, el cual es técnico y de gran complejidad, pasando por el tema de minería ilegal que más bien se compone de un esquema social y económico, o el relacionado a los recursos naturales ya sean de fauna o flora silvestre y muchas especialidades más. Parte de esta complejidad contenida en normas sectoriales a su vez están vinculadas a la normatividad penal ambiental.

Por ello, al momento de tipificar un hecho como delito contra el medio ambiente, no se puede únicamente emplear nuestro criterio jurídico o social o, más aún, no se puede determinar la comisión de este tipo de delitos con actos de investigación ordinarios como testimonios o constataciones, los cuales ciertamente pueden ayudar a la investigación, pero no son determinantes.

Lo determinante siempre va a estar ligado al tema técnico que deriva de los lineamientos contenidos en la normatividad administrativa, por tanto, en la medida en que la autoridad administrativa haga una efectiva labor ambiental desde el sector correspondiente, algunos impactos incluso podrían revertirse y el derecho penal, de manera residual como corresponde, actuará con mayor precisión y efectividad.

Por lo tanto, se llega a concluir que se requiere el cumplimiento de la norma prescritas por el estado en donde se busque la salubridad pública en su conjunto como también el bienestar de la sociedad a través de la protección ambiental ya que esto serviría para accionar frente al derecho urbanístico ambiental.

2.5. La responsabilidad ambiental

El derecho civil tiene una inspiración individualista, en esa línea la Dentro de esta nueva perspectiva de la responsabilidad civil, en que se pone especial énfasis en el daño, en una orientación colectivista o social de la imputación, en la revisión de la causalidad y en la implementación de factores objetivos de atribución de responsabilidad, se ha preferido hablar de Derecho de daños (Valencia, 2000, p. 105) antes que de responsabilidad civil. Pues se dice que ha quedado debidamente esclarecido que la finalidad de la responsabilidad civil no es sancionar al autor del daño (para ello está la responsabilidad penal y la administrativa, en su caso) sino lograr la reparación del mismo; es decir, se ha optado por poner énfasis en el efecto o resultado de la conducta más que en la propia conducta. Se busca la reparación del daño independientemente de la irreprochabilidad o culpabilidad del agente del mismo. De este modo se libera a la responsabilidad de su finalidad moralizadora, para incidir fundamentalmente en su finalidad reparadora (Morello, 2004, p. 34).

No obstante, también se dice que en la fórmula 'responsabilidad civil' se concentran la teoría del acto ilícito, la teoría del daño, los aspectos relativos a los seguros, así como los vínculos con del derecho de familia, de la propiedad, del contrato, del crédito, sin mencionar los temas centrales de la teoría general del derecho: desde el empleo de las cláusulas normativas generales hasta las técnicas de interpretación y la creatividad de la jurisprudencia (Alpa, 2014, p. 54); en tal sentido, si asumimos estos criterios, podemos sostener que la responsabilidad civil sería más amplia que el propio Derecho de daños, por lo que está continúa en vigencia; en tal sentido, seguiremos utilizando esta denominación, incidiendo en la forma de atribución o imputación de responsabilidad al agente.

La responsabilidad es "la carga legal (mejor, seguramente, es hablar de carga que de obligación) que recae sobre el autor o partícipe de un hecho, carga que consiste en tener que afrontar las consecuencias jurídicas de ese hecho. La responsabilidad es la situación legal en que una persona se ve inmersa para asumir coactivamente esas consecuencias como la carga de su obrar.

Con la atribución de responsabilidad civil surge la obligación de reparar el daño a cargo del responsable (Trazegnies, 1987, p. 46) así como el derecho del afectado a obtener una debida reparación (De Gasperi, 2016, p. 28). El fin perseguido por la responsabilidad civil es eminentemente resarcitorio, reparatorio, indemnizatorio, restitutorio, compensatorio o inclusive, satisfactorio (Pizarro, 2000, p. 60), sin dejar de lado los efectos preventivos que también se le atribuye (Philippe, 2004, p. 38). Pero como quiera que se trata de la afectación de un bien de interés particular, como toda obligación de contenido privado, el ejercicio del derecho de solicitar el cumplimiento de dicha obligación, queda sujeto a la libre voluntad y discrecionalidad del titular del bien afectado, quien decidirá en definitiva si solicita o no la reparación.

Antes de referirme a la responsabilidad civil por daño ambiental, es imperativo emplear algunas líneas para delimitar los alcances del bien jurídico tutelado: el ambiente o medio ambiente. A veces sé que éste sólo está compuesto por elementos de la naturaleza, sin la intervención del hombre. Ello no es así: ambiente o *hábitat* natural es "aquello que la naturaleza (cosa madre) ha producido y produce, con concurso o no, de la mano del hombre. De tal manera, cualquier obra o intervención humana se traduciría en obras o intervenciones "naturales" porque se insertan en el recorrido ya trazado por un ambiente encontrado y no alterado; pero progresivamente enriquecido por valores históricos y culturales, en el cual el hombre ("centro" del sistema ecológico, pero también destinatario de las respuestas de un *hábitat* así requerido) garantizaría su sobrevivencia y desarrollo de su propia personalidad" (Lina, 1998, p. 68). No en balde el art. IV Título Preliminar de la Ley General del Ambiente (LGA), N.º 28611, del 13.10.05, establece que:

"Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos".

Se llega a concluir que cuando se afecta o lesiona un bien jurídico particular, surge la pretensión del particular de ver reparado el daño sufrido, siendo esta pretensión la que se va a satisfacer mediante la responsabilidad civil.

2.5.1. Responsabilidad en materia

En cuanto a la utilización de estándares de calidad ambiental, la LGA expresamente señala que si bien estos estándares de calidad ambiental son parámetros que se utilizan como referentes de gestión ambiental podrían ser utilizados para sancionar siempre que se establezca la causalidad entre la actuación y la trasgresión de los mismos.

La infracción de la norma está referida a la no implementación del plan de cierre de pasivos ambientales que remedie o mitigue la afectación del referido cuerpo de agua natural, lo cual además de estar contemplado en la legislación minero ambiental vigente (norma ambiental infringida) constituía un compromiso de la propia empresa.

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

En estos casos, como señala la norma, el hecho que ocasiona el daño ambiental es súbito, es decir, inesperado, no planificado, entonces, al tener como punto de inicio esta particularidad en el suceso, ya no podríamos considerar el hecho como un delito de contaminación del ambiente aunque genere daño significativo al mismo,

ya que no estamos hablando de una actividad permanente y tampoco de la infracción de normas que contienen las acciones descritas en el tipo penal, por ejemplo, podría ser el caso de los derrames, a mi parecer concepto técnico atribuido porque los mismos provienen de un hecho que puede calificar como emergencia y ante esta lo que se tiene que hacer de manera inmediata es activar el plan de contingencia que dé inicio a la remediación y recuperación del lugar que ha sido afectado y, en todo caso, el resarcimiento del daño ocasionado puede buscarse a través de lo establecido en art. 142 y siguientes de la Ley General del Ambiente, referida tal normativa a la responsabilidad por daños ambientales, ya sea en la vía administrativa, civil o incluso, por qué no, en la arbitral.

En relación a estas circunstancias, el art. 314-C del CP, referido a medidas cautelares en delitos ambientales, señala que el juez dispondrá la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o de predatoria, así como otras que corresponda. Aquí, nuevamente la norma penal al referirse al tema de contaminación hace inferencia a una actividad contaminante, es decir, a aquella que se realiza con cierta permanencia y por lo tanto es pasible de suspensión, lo que en el caso de una emergencia ambiental no es aplicable.

Remitiéndonos al ejemplo señalado, no se puede suspender un derrame menciona esta situación ya que alguna vez se ha solicitado ello en el despacho fiscal, reiterando que este tipo de sucesos tiene su propio tratamiento técnico y normativo como ya se ha explicado y la autoridad administrativa ambiental del sector está encargada de supervisar la eficacia y efectividad de las medidas de remediación, las cuales deben ser de aplicación inmediata al suceso ya que el incumplimiento de ello acarrearía responsabilidades administrativas y tal vez hasta penales, pero ya no dentro del marco penal ambiental.

Bajo esta modalidad en la comisión del delito de contaminación del ambiente y en concordancia con todo lo que se ha desarrollado al respecto, es claro que la circunstancia culposa solo estaría relacionada con el actuar omisiva del agente, es decir, que la infracción de normas del marco de gestión ambiental que se configura a través su inobservancia, debe darse desde un actuar culposos.

No debe dejarse de mencionar que no todo hecho que infrinja una norma pueda también ser considerado como delito y en el campo normativo ambiental esta circunstancia es más acentuada, es decir, y volviendo a reiterar, no todo hecho de connotación ambiental se encuentra configurado como ilícito penal; sin embargo, hay hechos que configuran otros tantos ilícitos penales y que de alguna forma tienen relación ya sea con el ambiente o con la salud de las personas.

En cuanto a esto último, existen delitos que contemplan actos que van en contra de la salud de las personas directamente, pero además, esto sí es importante mencionar, el art. 46.2.I del CP señala que constituye una circunstancia agravante del hecho delictivo: “cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales”, es decir, puede que existan hechos que configuran delito no necesariamente contra el medio ambiente, pero que se agravan cuando afectan el mismo, como por ejemplo el delito de daños o el delito de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, entre otros.

Con estos alcances obtenidos a partir de la normatividad, de los análisis ya hechos en cuanto al tema y de la praxis, podemos observar que en el país hay normatividad que tiene como fin la preservación del medio ambiente, esto es, la crisis ambiental que observamos tal vez no esté referida necesariamente a falta de políticas ambientales o normas que las sustenten sino a su efectividad.

Es decir, concluye que lo determinante siempre va a estar ligado al tema técnico que deriva de los lineamientos contenidos en la normatividad administrativa, por tanto, en la medida en que la autoridad administrativa haga una efectiva labor ambiental desde el sector correspondiente, algunos impactos incluso podrían revertirse y el derecho penal, de manera residual como corresponde, actuará con mayor precisión y efectividad.

2.5.2. Responsabilidad en sanción

De conformidad al artículo 313 del Código Penal, quien cometa el delito de alteración del medio ambiente o paisaje será reprimido con una pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, debiéndose tomar en cuenta al artículo 45 del mismo cuerpo normativo, del cual se desprende que el juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: a) las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad; b) su cultura y sus costumbres; y c) los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.

Asimismo, en virtud al artículo 57 del Código Penal resulta indispensable señalar que, al ser un delito cuya pena es no mayor a cuatro años, el juez puede aplicar la suspensión de la pena, de modo que el plazo de suspensión puede ser de uno hasta tres años, empero, siempre que también el agente no sea un reincidente o habitual y que la naturaleza, modalidad del hecho punible, así como su comportamiento procesal y su personalidad, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito, debiéndose motivar todo ello en la sentencia condenatoria, estableciendo reglas de conducta que deberán ser cumplidas en forma de *coactum* por el condenado.

Además, el condenado podrá ser sancionado a pagar al Estado entre sesenta a noventa días-multa, en cuyo caso el condenado puede de acuerdo a sus circunstancias pedir al juez que le permita efectuar el pago en cuotas mensuales.

Respecto a la reparación civil, el artículo 93 del citado cuerpo normativo comprende, por un lado, la restitución del bien o, si no es posible como en este caso, el pago de su valor; y por otro lado, la indemnización de los daños y perjuicios.

Es difícil probar la cuantía de los recursos naturales, más aún cuando estos son imposibles de restituir.

Asimismo, es importante tener en cuenta el artículo 142 inciso 2 de la Ley General Ambiental, ya que el mismo establece que el daño ambiental es todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no una disposición jurídica y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

Más importante es, incluso, el artículo 147 de la Ley General Ambiental, el cual señala que la reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales.

No obstante, a ello, llegamos a la conclusión de que la reparación civil, en cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios, debe ser establecida, si es posible, mediante uniforme técnico realizado a través de una pericia.

2.6. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, es un organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio del Ambiente, encargado de la fiscalización ambiental y de asegurar el adecuado equilibrio entre la inversión privada en actividades económicas y la protección ambiental. El OEFA es, además, el ente Rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA).

El OEFA se creó en el año 2008 mediante Decreto Legislativo N° 1013 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio

del Ambiente, e inició sus actividades de fiscalización ambiental directa en el año 2010. (Ley N°28611, 2005). Teniendo como funciones las siguientes

Función normativa: comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización del Ambiente, otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo, así como aquellas necesarias para el ejercicio de la función de supervisión de entidades de fiscalización ambiental, que son de obligatorio cumplimiento para dichas entidades en los tres niveles de gobierno. Además, OEFA es competente para tipificar infracciones administrativas, aprobar la escala de sanciones correspondientes, establecer los criterios de graduación y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes.

Función supervisora de entidades de fiscalización ambiental: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación del desempeño de las funciones de fiscalización ambiental a cargo de entidades de ámbito nacional, regional o local (provincial o distrital).

Esto nos lleva a la conclusión que la fiscalización ambiental del OEFA crea y fortalece lazos de confianza entre la población y las empresas. La pronta identificación de incumplimientos a la normativa ambiental previene la génesis de conflictos socio ambientales, y en aquellos casos en los que persiste la conflictividad, el OEFA cumple un importante rol en la gestión de los citados conflictos, brindando información técnica en los espacios de diálogo a efectos de facilitar la adopción de acuerdos.

2.6.1. Plan de contingencia

En nuestro país, el sistema de gestión ambiental funciona de la siguiente manera: cualquier proyecto o actividad de inversión pública, privada o mixta y que sea pasible de causar impactos negativos en el ambiente deberá obtener como

condición para su inicio o ejecución la aprobación de su instrumento de gestión ambiental, Estudio de Impacto Ambiental en adelante, (EIA). Sin este requisito tampoco se podrá obtener licencia o autorización alguna, lo cual se encuentra estipulado en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su Reglamento (Ley N°28611, 2005)

El instrumento de gestión ambiental, EIA, contiene compromisos ambientales como, por ejemplo, el tratamiento de efluentes, de descargas, etc., compensación o mitigación de impactos negativos en el ambiente causados por la actividad o proyecto y es a través de estos estudios o instrumentos de gestión ambiental que el Estado representado por determinadas autoridades u organismos puede fiscalizar el cumplimiento de tales compromisos y así supuestamente mantener una adecuada política ambiental orientada a la prevención de la afectación del medio ambiente (Caro, 2008). Las actividades que estaban en curso al momento de la dación de la norma tenían un determinado plazo para adecuarse, es decir, también presentarían un instrumento de gestión ambiental de adecuación pasible de fiscalización.

La Ley General del Ambiente N° 28611 (2005) expresamente señala que:

Si bien los estándares de calidad ambiental son parámetros que se utilizan como referentes de gestión ambiental podrían ser utilizados para sancionar siempre que se establezca la causalidad entre la actuación y la trasgresión de los mismos.

Las autoridades administrativas que fiscalizan ambientalmente las actividades o proyectos sujetos al sistema nacional de evaluación de impacto ambiental dependiendo del sector al que pertenezcan, por ejemplo, sector minería, sector agricultura, sector producción tienen su propia política ambiental y con base en esta cuentan con normatividad que contempla infracciones y sanciones ambientales; asimismo, cada sector tiene particularidades técnicas, de acuerdo a las cuales se han diseñado determinados compromisos y obligaciones, como, por ejemplo, la exigencia de contar con un seguro ambiental en caso se susciten emergencias

ambientales y tenga que ejecutarse un determinado plan de contingencia para la remediación del ambiente afectado. Es en este marco de gestión ambiental que la contaminación tiene diferentes formas de tratamiento, según sus causas y el grado de afectación, los cuales van desde amonestaciones hasta sanciones penales.

2.6.2. Importancia de la actuación de las entidades encargadas de protección del Medio Ambiente

El tema de protección del Medio Ambiente se torna preocupante y relevante porque es la comunidad internacional quien hace referencia sobre este asunto, en función de la revolución industrial que los efectos de las acciones humanas adquieren magnitudes y características cuyos efectos se empiezan a notar y a preocupar por sus graves consecuencias. El tema ambiental es de naturaleza global y no está circunscrito a un particular territorio. Las emanaciones y vertimientos tóxicos en un país afectan el medio ambiente de los países vecinos hasta grandes áreas que abarcan continentes enteros (Caro, 2008, p. 72).

Haciendo referencia al Artículo 66° de la Constitución no se refiere al ambiente sino a los recursos naturales. Los Artículos 67°, 68° y 69° establecen normas declarativas que virtualmente se explican por sí mismas. El Artículo 67° señala que: "El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales" (Silva, 2015, p. 106).

Obviamente el Estado determina esa política que es consustancial a sus fines y lo hace a través de las disposiciones legales y reglamentarias que hemos reseñado anteriormente, las cuales se cumplen y ejecutan por intermedio de organismos autónomos especializados tales como el Ministerio del Ambiente, antes el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante OSINERGMIN), hoy día sustituida por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante OEFA), con la colaboración de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales.

El Artículo 68° de la Constitución dispone que "El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas".

Sobre este punto cabe señalar que por Resolución Legislativa N° 26181 se aprobó el Convenio de Diversidad Biológica. Igualmente por Resoluciones Legislativas N° 27824 y 27873 se aprobó el Protocolo de Kyotode la Convención sobre el Cambio Climático y la Convención sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Deshechos y Otras Materias, respectivamente (El Peruano, 2004).

Finalmente llegamos a la conclusión que el Artículo 69° señala que: "El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonia con una legislación adecuada", materia que en rigor desborda la temática del presente trabajo (Andía, 2009). Las normas de protección del medio ambiente se han incorporado en el nivel más alto del ordenamiento jurídico, es decir, en las constituciones de muchos países. Nuestro país no ha sido ajeno a esta evolución. En referencia al art. 66 de la constitución en la cual no se refiere al ambiente sino a los recursos naturales, apelando a los artículos 67, 68 y 69 que establecen normas declarativas sobre el tema en mención.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN FUNCIÓN AL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN FUNCIÓN AL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

En este capítulo desarrollaremos, la responsabilidad penal de la persona jurídica en la realidad social ambiental, la inclusión de Perú en Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, individualización de la persona jurídica y la responsabilidad de la persona jurídica en el derecho comparado desde una enfoque doctrinario y legislativo.

3.1. La persona jurídica y la realidad social ambiental

3.1.1. Inclusión de Perú en la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

Ante el problema de determinar la responsabilidad de la persona individual en conglomerados empresariales- en aras de hacer más eficaz la protección de bienes jurídicos colectivos- consideramos que el esquema de responsabilidad penal directo o autónomo debería ampliarse. La responsabilidad autónoma directa va en consonancia con obligaciones internacionales como las establecidas por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003, la cual en su art. 26 inc. 3 establece que la responsabilidad de las personas jurídicas que existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. Esto guarda relación con la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) que en su art. 2 establece que cada Estado parte tomará las medidas que sean necesarias para establecer la

responsabilidad de personas morales por el cohecho de un servidor extranjero y el art. 3.2 que señala que en el supuesto de que no puedan aplicarse sanciones penales, se impondrán otras que sean eficaces, proporcionales y disuasorias como sanciones monetarias.

El Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción propuso recomendaciones como la de adoptar sanciones a las personas jurídicas independientemente de las sanciones de las personas vinculadas a ellas. Esta responsabilidad, si bien está vinculada a temas de corrupción, debe extenderse a las personas jurídicas que generan graves daños a la ecología y al medio ambiente, de allí que tenemos la opinión de que este esquema de responsabilidad autónoma serviría para desincentivar la labor nociva de las empresas en delitos ambientales.

La inclusión de Perú en OCDE, el grupo de las economías más ricas y estables del mundo, genera beneficios en la interactividad económica, objetivo trazado por el Estado, de allí que las exigencias para que los aspirantes ingresen, previamente deben tener solidez institucional y un orden legal claro de lucha contra la corrupción. En esta línea, el Estado hizo una consulta a la División de Asuntos legales de la OCDE sobre el actual esquema de atribución de responsabilidad de persona jurídica y esta respondió que nuestro país debe establecer de forma autónoma la responsabilidad corporativa por el soborno extranjero y, respecto de la regulación fijada en el art. 105 del CP actual, se dijo que este no satisface las exigencias de la Convención Anti soborno de la OCDE. El tema de fondo, si bien es combatir formas que no permitan erradicar la corrupción; sin embargo, como sostenemos, esta ineficacia tiene que ver con la complejidad de las corporaciones que se convierten en una suerte de selva en la que es imposible a veces determinar responsabilidades personales puntuales y que hacemos extensiva a las corporaciones que afectan en su actividad económica impunemente el medio ambiente.

Es menester tomar en cuenta que es a través de inclusión de Perú en la OCDE, se pretende que los países mejoren el bienestar económico y social de las personas que en el habitan, el acceso a la justicia ambiental; sin embargo, la ejecución de

actos contrarios a la normativa se constituye como un obstáculo para lograr dicho fin, para lo cual deben adoptarse las medidas necesarias por parte del Estado, para evitar que dichos actos queden impunes.

El acceso a la justicia ambiental, bajo el nomen iuris de responsabilidad por daño ambiental en la LGA, conforma un escenario temático y problemático complejo ya sea en términos sustantivos, procesales y orgánico- jurisdiccionales (Foy, 2018, p. 621) tal como sucede con la individualización de la persona natural y jurídica frente a un delito ambiental, por cuanto de acuerdo al país de origen existen distintas formas de concebir dicho actuar, esto es, sea de manera colectiva o individual y por ende en el ámbito procesal al pretender imputar dicho delito, surgen ciertas discrepancias sobre si sancionar solamente a la persona natural que direccionó a la empresa a ejecutar dicho acto o por el contrario se debe sancionar de manera conjunta.

3.1.2. Individualización de la persona jurídica

El modelo de responsabilidad directa o por hecho propio no requiere una transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa y se sustenta en la “culpabilidad por defecto de organización” y en la responsabilidad por la “actitud criminal de grupo”.

La culpabilidad es el principal cuestionamiento cuando se trata de responsabilizar a la persona jurídica a efectos de que sufra consecuencias penales. El criterio de culpabilidad, esto es, que la persona sea capaz de distinguir lo ilícito y además sepa conducirse de otro modo, no es aplicable a la persona jurídica, ya que es un conglomerado de personas. La ausencia de una voluntad óptica o psicológica, y la imposibilidad de actuación por sí misma, sino a través de sus representantes, impediría que estas entidades puedan configurar los presupuestos dogmáticos necesarios para firmar la existencia de un hecho punible que pueda atribuírseles, Caro Coria (2009).

Respecto a la culpabilidad de la persona jurídica este no puede ser atribuido de manera directa por ser una ficción legal creada por el derecho y las consecuencias derivadas de sus representantes pueden de cierta manera afectar a la persona jurídica por lo que los que conforman cierta entidad o empresa de cierto modo puede alcanzar responsabilidad penal y por ende también puede recibir sanciones penales o administrativas según corresponda.

Es a partir de las premisas antes señaladas que se ha sostenido que no debería admitirse la punición a los entes colectivos, principalmente porque: a) no realizan una acción penalmente relevante, b) por la imposibilidad de realizar el juicio de atribución subjetiva o de culpabilidad, c) ante la imposibilidad de aplicar a las personas jurídicas las penas previstas para las personas naturales, sin embargo han surgidos distintas posturas tratando de responsabilizar a la persona jurídica superando a la culpabilidad. Como afirma Tiedemann (2000):

“La actuación individual será el presupuesto del cual depende la responsabilidad de la Persona Jurídica, se plantea la cuestión respecto a que los sujetos pueden provocar la responsabilidad penal de la propia empresa. La misma que se responde recurriendo a dos criterios; uno de carácter formal, en virtud del cual solo se afirmara la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el hecho punible sea ejecutado por sus órganos o representantes legales; el otro es de carácter material, que condiciona la responsabilidad penal empresarial a los supuestos de actuación individual en beneficio de la persona jurídica, siendo irrelevante la existencia de un título de representación formal.” (p.230)

En la misma línea Heine (1993) afirma que:

“La culpabilidad por organización deficiente no se sustenta en deficientes decisiones individuales sino en una deficiente duradera en la prevención de los riesgos de explotación, con lo cual esta sería una especie de estado de hecho culpable. De este modo la culpabilidad de la empresa tendría carácter

integral relacionado con la investigación, planteamiento, desarrollo, producción y organización empresarial” (p.68)

En el modelo de culpabilidad penal que Heine desarrolla existe dos presupuestos para afirmar la punibilidad de la Persona jurídica: la administración incorrecta del riesgo y la materialización del peligro típico de la empresa. Estos elementos no operan en un mismo nivel: la culpabilidad de la empresa se sustenta en la incorrecta gestión de riesgo, en tanto que la materialización del peligro típico operaría como una condición objetiva de punibilidad, existiendo entre ambos elementos una relación de riesgo. (Caro,2019, p.25).

De este modo se lograría estatuir la culpabilidad empresarial plenamente independiente de la correspondiente a las personas naturales que actúan a favor de la persona jurídica. Además, que la punibilidad de las personas jurídicas tendría en este planteamiento la función preventiva derivada del impulso, dentro de la estructura empresarial, de políticas internas de gestión más responsable de los riesgos del negocio.

Por otro lado, debemos también tener en cuenta lo que la doctrina considera respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas que, si bien las personas jurídicas no tienen capacidad penal, sin embargo, se puede sustentar una consecuencia accesoria porque su fundamento radica no en la falta de culpabilidad sino en la peligrosidad de su organización y que podrían coexistir penas y consecuencias accesorias a las personas jurídicas. El argumento de la peligrosidad es derivada de la instrumentación que realizan las personas naturales. (García, 2008, p. 14)

Debido a la existencia de una complejidad de la responsabilidad de las personas jurídicas en el campo empresarial es posible, siendo más prácticos, acercarnos a la represión directa de la persona jurídica. La justificación político criminal tiene que ver con la necesidad de dotar una protección mayor y anticipada a los bienes jurídicos de relevancia como el medio ambiente, y desde la doctrina se enfatiza la urgencia de tutela. Como afirma Gallopin (2016):

“El Derecho Penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, a la aparición de nuevos bienes jurídicos de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes, al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del derecho penal.” (p. 90)

Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían o no con la misma incidencia, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquellas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como “bienes escasos”, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente. (Silva, 2001, p. 25)

Como se puede observar, de este razonamiento tenemos que el recurso natural hace unos dos mil años eran abundantes en relación a la población y a las necesidades de gente de la época. Con el desarrollo económico, los recursos sin posibilidades de reversión se han ido deteriorando por acción del hombre y habiendo pasado por los ojos de la humanidad estos ahora son escasos: el agua, los bosques, los glaciares, los animales. Este deterioro acelerado de la naturaleza obliga a elevar con mayor eficacia la protección de esta.

La criminalización de los delitos ambientales, en relación con la intervención de empresas, debe tener sus límites que pueden advertirse del siguiente planteamiento:

Los vertidos de una empresa una sola por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la

normativa administrativa no tienen por qué poner en peligro ellos solos el equilibrio de los sistemas naturales. Si solo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medio-ambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esa medida, es lógico que desde la perspectiva global del derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría un inadmisibles efecto lesivo. Pero, de nuevo, no resulta justificada la sanción penal de la conducta aislada que, por sí sola, no pone realmente en peligro el bien jurídico que se afirma proteger. (Banacloche, 2011, p. 96)

La vulneración de nuestro derecho a un medio ambiente equilibrado se ve afectado, por la constante contaminación ambiental realizada por las empresas, obviamente dirigidas por personas naturales, por ende se pretende no solo sancionar penalmente como consecuencia de dicho actuar a las personas naturales sino también a las personas jurídicas, porque si bien es cierto estas últimas se tratan de ficciones jurídicas, son instrumentalizadas por las personas naturales razón por la cual coadyuvaban a la realización de dichos actos.

3.2. La responsabilidad de la persona jurídica en el derecho comparado

3.2.1. Enfoque doctrinario

En países como Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Noruega, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y Australia se admite la responsabilidad criminal “directa” de la persona jurídica a través de un sistema que permite, bajo determinadas condiciones, perseguir y sancionar de manera inmediata a la persona jurídica, sin que ello esté condicionado a la responsabilidad del representante. Esta línea es sostenida por quienes consideran que hay vacíos de punibilidad que no pueden ser llenados por la responsabilidad individual y que se trata de una cuestión de justicia hacer responsables en una sociedad de riesgos a las propias empresas por riesgos creados por ellas. De allí que Abanto Vásquez sostenga, además, que un modelo que se quedare solo en control de la peligrosidad objetiva, aun cuando

lo haga dentro del derecho penal, no es suficiente para afrontar las necesidades político criminales que representa la problemática. (Abanto, 2005, p. 39)

En varios países Europeos, se sanciona de manera inmediata a la persona jurídica, como instrumento generador de dicho daño ocasionado al medio ambiente, obviamente ello distinto a la imputación que se le otorga a las personas naturales, sin embargo hay algunos autores que consideran que no resulta coherente pretender incriminar a la persona jurídica cuando quienes han incurrido en el ilícito fueron sus representantes y no la persona jurídica en si, por cuanto se trata de una institución inanimada.

3.2.2. Enfoque legislativo

3.2.2.1. Bélgica

En Bélgica e Italia se asume la responsabilidad criminal “indirecta” de la persona jurídica a través de un sistema que permite que las consecuencias económicas del delito cometido por una persona física (multa, indemnización) se pongan a cargo de la persona jurídica en cuyo nombre e interés se haya actuado. La persona jurídica queda obligada solidariamente, pero tiene la posibilidad de repetir contra la persona física. (Vervaele, 2005, p. 447)

En estos países, se pretende que coexista una responsabilidad compartida por parte de la persona natural quién actuó en calidad de representante, y asumirá toda responsabilidad penal y la persona jurídica, quién asumirá toda consecuencia económica, derivado de dicho actuar de su representante, esto es pagará con su patrimonio parte de la indemnización que se genere de dicho proceso que se aperture a la persona natural.

3.2.2.2. España

En la legislación española, a partir del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal del 2007, se estableció la responsabilidad penal independiente de la persona jurídica indicando que la responsabilidad de las personas naturales y jurídicas no son recíprocamente excluyentes (art. 31 bis 2) y que el hecho de que

no se declare una responsabilidad no impide que se declare la otra. Este proyecto fue acogido por el legislador español en el 2010. (De la Cuesta, 2015, p. 100)

Otra forma de enfoque doctrinario es el modelo de responsabilidad transferida, el cual es similar a la indirecta y en el que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica se produce por una mera transferencia a esta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física situada en el entramado organizativo, mientras que el modelo de responsabilidad directa o por hecho propio no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa. Se sustenta en la “culpabilidad por defecto de organización” y en la responsabilidad por la “actitud criminal de grupo”. (Reaño, 2016, p. 34)

La legislación española, refiere que no existe una conexidad entre persona natural y persona jurídica, esto es que ello implica que no se encuentran supeditadas una de la otra y no libera a una u otra por el hecho de que a una no se le sancione, por cuanto se les sanciona independientemente respecto a la aplicación de la sanción a imponerse respecto al actuar contrario a la normatividad establecida. Por cuanto “el trato de las personas jurídicas en el ámbito de su responsabilidad penal no puede ser privilegiado ni menospreciado”. (Jara, 2005, p.353)

3.2.2.3. Francia

El Código Penal francés tiene el modelo directo, pues este cuerpo normativo que entró en vigencia el 1 de mayo de 1994 estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 121-2 del siguiente modo:

Las personas jurídicas, excepto el Estado, son responsables conforme a las disposiciones de los artículos 121-4 a 121-7 (tentativa y complicidad) y en los casos previstos por las leyes o reglamentos de las infracciones cometidas por cuenta de aquellas, por sus órganos o representantes.

No obstante, los entes territoriales y sus entidades de derecho público son responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de

actividades públicas susceptibles de gestión por parte de los particulares. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos.

Esta normativa logró generar rápidamente una respuesta de la judicatura como la primera sentencia del Tribunal Correccional de Lyon del 18 de noviembre de 1994, que fue la primera condena y se inscribió en un registro de antecedentes penales de personas jurídicas. A 1997 ya se habían dictado casi cien sentencias. (Pradel, 2008, p. 2)

La doctrina francesa al interpretar esta legislación sostiene que para determinar el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica se emplean dos sistemas: o bien el elemento subjetivo de la infracción (dolo o intención, culpa o imprudencia) no se concibe más que en relación con la persona física como única que puede tener una conducta reprochable, de modo que la persona jurídica, incapaz por sí misma de dolo o culpa, solo sería responsable por reflejo o de rebote; o bien, por el contrario, se considera que la persona jurídica, teniendo una vida propia, puede actuar con culpa, incluso con dolo, distintos del elemento subjetivo de las personas físicas. (Nieto, 2008, p. 2)

Al decir el art. 121-2 del CP francés que se sanciona a las personas jurídicas por las infracciones cometidas por cuenta de aquellas por sus órganos o representantes, se infiere que se adhiere a la teoría del reflejo; sin embargo, es una posición ambigua, pues en el último párrafo señala que la responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye a la de la persona física.

En Francia, su doctrina se basa, en sancionar a las personas jurídicas por los actos realizados por sus representantes (personas naturales), actuando bajo la teoría del reflejo, esto es que tanto persona natural como persona jurídica responden paralelamente por un mismo ilícito, siendo que esta última se adhiere automáticamente por dicho actuar, por cuanto ha servido como fachada para ejecutarlo.

3.2.2.4. Perú

En el Perú se ha asumido el modelo de responsabilidad penal indirecta, puesto que la aplicación de consecuencias accesorias establecidas en el art. 105 del CP está condicionada a la responsabilidad de una persona jurídica. Sin embargo, con la dación de la Ley N.º 30424- Ley Que Regula La Responsabilidad Administrativa De Las Personas Jurídicas, que responsabiliza administrativamente a las personas jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional, se ha dado el primer ingreso en la legislación nacional de la responsabilidad penal directa o autónoma.

La responsabilidad penal directa de las corporaciones es una necesidad, en la medida que la afectación de bienes jurídicos involucra a una pluralidad de víctimas en los casos de los delitos medioambientales.

La iniciativa de responsabilidad independiente o autónoma está presente en el Proyecto de Código Penal aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso, el cual dice lo siguiente en la parte pertinente:

Artículo 130. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. *Las personas jurídicas son responsables del delito previsto en el artículo 584 que, en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto, cometan:*

Sus administradores de hecho o de derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, con total independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si existe relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el numeral anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.

Las personas naturales señaladas en el numeral precedente, cuando no se ejerza el debido control y vigilancia, en atención a la situación concreta del caso.

2. Para efectos del presente artículo, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, las asociaciones, las fundaciones y los comités no inscritos, las sociedades irregulares, entidades que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado o sociedades de economía mixta.

3. La forma de constitución de la persona jurídica no impide su responsabilidad. El cambio de razón social, la reorganización social, transformación, fusión, absorción, escisión, liquidación o cualquier medida que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no extingue su responsabilidad, la cual se traslada a la entidad o entidades en que se transforme, fusione o absorba y se extiende a la entidad o entidades que resulten de la escisión.

4. Las personas jurídicas no son responsables cuando, con anterioridad a la comisión del delito, hubieren adoptado e implementado un modelo de prevención, de conformidad con lo establecido en el artículo 141.

Las personas jurídicas asumen responsabilidad tanto de manera directa o indirectamente, dado que estas son utilizadas como instrumentos o “fachadas” para que las personas naturales ejecuten sin levantar sospecha actos delictivos ambientales de modo que no se logre identificar a las personas que manejan dicha empresa.

Artículo 131. Autonomía de la responsabilidad de las personas jurídicas

La responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la individualización, investigación, juzgamiento y eventual condena de la persona física responsable del delito. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no

repercuten en la responsabilidad de las personas jurídicas. Esta regla también es aplicable a la persona jurídica unipersonal.

De acuerdo con el artículo en mención, debe existir un desligue de la persona natural que dirige la persona jurídica y esta última, por cuanto la persona jurídica se constituye como una entidad independiente y autónoma, de modo que no asume responsabilidad por los actos ejecutados por las personas naturales que se encuentran en su dirección. Esto es, “si la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma respecto de la responsabilidad de la persona natural, entonces el fundamento para la punición de la persona jurídica no puede ser el delito cometido por la persona natural” (Gómez-Jara, 2018, p. 43)

Ahora, inicialmente se asumía la concepción de que la persona jurídica no delinque y no comete delitos hasta la de responsabilidad penal indirecta y en tanto que la afectación al orden económico encarnados por los bienes jurídicos intermedios. Si bien la tendencia general es de sujetar la sanción de la persona jurídica a las individuales, la posición minoritaria es que se pueda sancionar directamente y con autonomía a las empresas sin estar condicionada a responsabilidades personales.

En nuestro país, las personas jurídicas legalmente asumen responsabilidad indirecta esto es que solo se le aplican consecuencias accesorias a ella derivados de la sanción penal o administrativa que se le imponga a la persona natural, sin embargo se ha presentado un proyecto de ley que pretende incorporar la responsabilidad directa de las persona jurídicas, a fin de que se les pueda atribuir a estas de manera independiente y autónoma, una sanción penal o administrativa indistinta a la que se le pueda otorgar a sus representantes, por cuanto si bien se trata de un ente ficticio e inerte, estas se constituyen como un instrumento vital para la concretización de actos delictivos.

3.2.3. Imputación penal

Artículo 304. C.P.-Contaminación del medio ambiente

El que, infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de uno ni mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas.

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

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

Al respecto, es necesario mencionar que la calificación reglamentaria no debe relacionarse con este informe técnico fundamentado exigido por la LGA. El informe fundamentado solo contiene, entre otros aspectos formales, información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas o reportes presentados por los administrados involucrados en la investigación penal, es decir, describe cada circunstancia en cada caso concreto; por tanto, dicho informe no puede obtener la categoría de calificación reglamentaria, la cual se caracteriza por su aplicación general. En términos de Garcia (2008)

“no solo un informe técnico no es una calificación reglamentaria, sino que una de sus particularidades es que carece de carácter vinculante, lo que no se condice con el tenor del tipo penal que vincula la decisión del juez a lo dispuesto reglamentariamente por la autoridad ambiental” (p. 879)

En tal sentido, el juez deberá acudir a la reglamentación, ya sea específica o general, dada por la administración pública, en la que haya establecido que determinadas conductas ocasionan un perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental. Sin embargo, pese a ello, el juez previamente debe considerar algunos criterios de gravedad, como por ejemplo la probabilidad mayor o menor de lesión y la dimensión de la lesión previsible en función de la extensión del espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación o incidencia. (Silva, 1999, p. 79-80)

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

3.2.4. Deber de protección del Estado

El principio de desarrollo sostenible, además de ser piedra angular del marco normativo ambiental en nuestro país el cual aún se encuentra dentro de aquellos que están en vías de desarrollo, ha sido fundamento sustancial para ir generando lineamientos en lo que a políticas ambientales respecta. Se ha dispuesto en el art.

67 de la Const. Porque “el Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”. Uno de los instrumentos fundamentales de la política ambiental es el derecho y el Estado que, desde años atrás, viene elaborando una serie de normas con la supuesta finalidad de propiciar el crecimiento económico asegurando la satisfacción de necesidades de las actuales generaciones con el compromiso de no afectar la capacidad de satisfacción de las generaciones futuras, por lo tanto, el Estado propicia el desarrollo económico; sin embargo, las actividades o proyectos que lo promueven deben ejecutarse en cumplimiento de los compromisos ambientales que las circunstancias exijan y que se encuentran a su vez plasmados dentro del marco normativo ambiental.

Es así que en la variada normatividad ambiental encontraremos diversas formas de protección al medio ambiente, ya sea para prevenir su afectación o para resarcir el daño causado al mismo: la Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611, que su Capítulo II se ocupa de la responsabilidad por el daño ambiental en normas administrativas sectoriales, también encontraremos tipificadas infracciones y sanciones para quien vulnera determinados elementos que conforman el medio ambiente; la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.º 27972, que en su art. 80 señala todas las funciones municipales referidas a la regulación y control de temas referidos a salubridad, saneamiento y salud, y dentro de estos temas también se hace referencia a la connotación ambiental de los mismos y de manera expresa al control de elementos contaminantes; finalmente, encontramos también el derecho penal que, en el Título XIII del CP ha tipificado como delitos, supuestamente y siguiendo los principios generales del derecho penal, los atentados más graves contra los valores ambientales. Por lo tanto, y sobre la base de lo señalado, podemos afirmar que existen en nuestro país diversas formas como autoridades a las que podemos acudir para iniciar una petición o acción legal cuando de afectación al medio ambiente se trata, de manera que la vía penal no es la única o la más efectiva, aunque en el entorno jurídico e incluso social sea la más conocida, sobre todo porque, ante la actual crisis política y social, el Estado ha decidido utilizar el derecho penal sobre criminalizando conductas para aplacar dicha crisis cuyo origen y fin está relacionado tal vez a políticas más profundas que las adoptadas, no siendo

el derecho penal ambiental la excepción ya que en setiembre del 2015 (Poder ejecutivo. D. Leg. N.º 1237, 2015.).

3.3. Pautas para responsabilizar penalmente a la persona jurídica en el delito de contaminación ambiental

Después de haber realizado un análisis sobre la responsabilidad penal de la Persona Jurídica se establece lo siguiente:

- Las personas jurídicas al igual que las personas naturales tienen el deber de organizarse correctamente, encontrando así el fundamento de la culpabilidad de la empresa en la infracción del deber, es decir en la organización defectuosa que permite la realización de delitos en ejercicio de su actividad. Los defectos de la organización empresarial se encuentran asociados a la omisión de las medidas que las Persona Jurídica debe cumplir para el correcto funcionamiento regular y por ende no delictivo de la empresa. Las medidas de precaución exigibles a la organización empresarial son de Vigilancia, control y de organización de gestores de la persona jurídica, esto es un evento atribuible exclusivamente a quienes representan a la persona jurídica, sino de una verdadera culpabilidad de la empresa sustentada en una incorrecta evaluación de riesgos empresariales.
- La creación de un sistema de imputación penal para la propia persona jurídica donde se reformule el concepto de acción jurídico- penal y la culpabilidad, puesto que las empresas no solo tienen capacidad de comprometerse (ejemplo en el caso de contratos), sino también pueden incumplir dichos compromisos, lo cual permite señalar que las personas jurídicas tienen capacidad de infringir la Ley Penal, así como infringen con contrato.
- Se puede adoptar un sistema de doble imputación que permita la imputación del hecho individual como la imputación del hecho punible al ente colectivo como en algunos países ya se desarrollan tal es el caso de Guatemala.

- En cuanto al delito de contaminación ambiental, previsto en el artículo 304 del Código Penal, es un delito común, esto es que puede ser cometido por cualquier persona sin necesidad de contar con alguna característica especial exigida por la norma penal. Sin embargo, cuando el delito de contaminación ambiental esté vinculado a la actividad empresarial en donde hay un entorno normativo que determina deberes, funciones y responsabilidades de las personas que conforman la empresa. Al ser así, se debe interpretar al delito de contaminación ambiental como un delito de infracción de deber. Esto es un ilícito imputado al agente por haber incumplido los deberes y responsabilidades derivados de su rol y competencia dentro de la organización empresarial. Claro está, estos deberes no pueden ser premisas generales, sino que tienen que estar claramente definidos dentro de la normativa organizacional de la persona jurídica. Dicho de otro modo, para imputar responsabilidad penal a un determinado funcionario por el delito de contaminación ambiental es indispensable individualizar su participación en los hechos, determinando los deberes funcionales que incumplió y que conllevó causalmente al daño ambiental.

- Otro factor para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito de contaminación ambiental, es cuando se supera los niveles de riesgo permitidos, los mismos que han sido establecidos con la finalidad de evitar un daño al medio ambiente; aunque en ocasiones probablemente más problemático es la determinación de la relación de riesgo es decir la potencialidad lesiva del acto contaminante porque la lógica de la intervención mínima del derecho penal supone hacer una diferenciación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, siendo el primero más lesivo.

- Se debe establecer a los delitos medio ambientales, entre ellos al delito de contaminación ambiental como delitos de peligro, es decir; debemos anticipar la tutela penal antes de que se genere un daño al medio ambiente.

- Pedir se modifique la Ley N° 30424 sobre la Responsabilidad Administrativa de las Persona Jurídicas, para ampliar e integrar al delito de contaminación ambiental y así puedan ser sancionados penalmente las personas jurídicas.

CONCLUSIONES

1. Finalmente llegamos a la conclusión que las pautas para responsabilizar penalmente a la persona jurídica en el delito de contaminación ambiental superando la teoría del delito en la faceta de culpabilidad es asumiendo la teoría por defectos de organización, considerar a los delitos medioambientales como delitos de peligro adelantando la barrera de punibilidad, establecer un proyecto donde se modifique la Ley N°30424 para incorporar al delito de contaminación ambiental y asumir la teoría de riesgo.
2. Al realizar un análisis del marco teórico, relacionado con la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación peruana, tenemos en la doctrina dos posiciones, por un lado, la tendencia mayoritaria que sujeta la sanción de la persona jurídica a la de las personas individuales, y la posición minoritaria es que se pueda sancionar directamente y con autonomía a las empresas sin estar condicionada a responsabilidades personales. En nuestro país, las personas jurídicas legalmente asumen responsabilidad indirecta esto es que solo se le aplican consecuencias accesorias a ella derivados de la sanción penal o administrativa que se le imponga a la persona natural.
3. Para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas en relación al delito de contaminación ambiental, se identifica al sujeto que causo el daño al medio ambiente de lo contrario no podrá determinarse la responsabilidad de la persona jurídica, pero lo más importante se debe acreditar el daño causado, es decir; para determinar responsabilidad debe haber una lesión efectiva al medio ambiente , luego se recomienda verificar la magnitud del daño para ver si es un proceso civil, administrativo o penal y así poder aplicar las sanciones correspondientes.

RECOMENDACIONES

1. Recomendar al Poder Legislativo aprobar un proyecto de Ley que regule la responsabilidad Penal de las personas jurídicas que causen daño al medio ambiente, ya que el tipo penal del artículo 304° no especifica la condición del sujeto activo causante del daño, es decir este tipo penal es considerado un delito común al poder ser cometido por persona natural o jurídica.
2. Al Ministerio del Medio Ambiente, crear políticas públicas que contribuyan a la protección del medio ambiente, para de esa forma darle un mayor cuidado al medio ambiente ya que cada día se viene destruyendo de manera considerable y con esto se genera mayor número de enfermedades y aumenta el calentamiento global.
3. Las Municipalidades a nivel local ejercer su rol de supervisión constante para que las empresas que contaminen el medio ambiente puedan asumir su responsabilidad y puedan ser castigadas por el daño causado.
4. A las empresas que causan daño al medio ambiente otorgar como sanción la promoción de programas de cumplimiento y establecer dentro de ello su Manual de cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. Abanto, M. (2007). “*Responsabilidad penal de los entres colectivos: estado actual y reflexiones preliminares*”, Lima.
2. Abanto, M. (2015). “*Responsabilidad penal de los entres colectivos: estado actual y reflexiones preliminares*”, Lima, Gaceta Jurídica.
3. Aldana, D. (2013). “*La fiscalización ambiental en el Perú: orígenes, estado actual, prespectivas futuras*”, Lima, Derecho y Sociedad.
4. Alfie, C. (2013). “*Democracia deliberativa y gobernanza ambiental*”, México, Sociología.
5. Alpa, G. (2001). “*Responsabilidad civil y daño*”, Lima, Gaceta Jurídica.
6. Andaluz, C. (2013). “*Manual de derecho ambiental*”, Lima, Iustitia.
7. Andía, C. (2009). “*Manual de derecho ambiental*”, Lima, El saber.
8. Arns, d. O. (2015). Responsabilidad penal de la persona jurídica. *Instituto de Ciencias Juridicas de Puebla-Mexico*.
9. Arroyo, G. F. (2016). *Principios jurídicos doctrinarios que sustentan la punibilidad de los administradores de hecho de las personas jurídicas, para incluirlos en el artículo 27 del código penal peruano*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.
10. Banacloche, J. (2011). “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*”, Madrid, La Ley.
11. Bueres, A. (1997). “*Responsabilidad civil en el tercer milenio*”, Argentina, Abeledo-perrot.

12. Barbuto, A. S. (2013). *Responsabilidad de la persona jurídica por graves violaciones a los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad de Palermo.
13. Cafferatta, N. (2007). "*Sentencia colectiva ambiental en el caso Riachuelo*". Buenos Aires, La Ley.
14. Caro, C. (2016). "*Responsabilidad penal de las personas jurídicas (II). La responsabilidad de la propia persona jurídica en el Derecho penal peruano e Iberoamericano. Perspectiva comparada*", Derecho penal económico, Parte general, Lima, Jurista Editores.
15. Caro, C. (2008). "*El derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*", Lima, Fráfica Horizonte.
16. Caro, C. (2019). "*Derecho Penal económico y de la empresa*", Lima, Gaceta Jurídica.
17. Caro, D. (1995). "*Empresas 'Trabajando por el Perú' y el delito de contaminación ambiental*", Lima, Derecho & Sociedad.
18. Cesare, S. (2001). "*Los daños punitivos y las funciones de la responsabilidad civil*", Italia, Jurídica ambiental.
19. Castro, O. N. (2012). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
20. De ángel, R. (2015). "*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*", España, Cuadernos Civistas.
21. De la Cuesta, J. & Pérez, A. (2015). "*Hacia un derecho penal de las personas jurídicas: el derecho español*", Lima, Gaceta Jurídica.
22. Espinoza, E. (2011). "*Derecho de la Responsabilidad Civil*", Lima, Rodhas SAC.
23. Foy, P. (2018). "*Tratado de derecho ambiental peruano*", Lima, Pacífico Editores
24. Franciskovic, M. (2013). "*El medio ambiente y su tutela jurisdiccional*", Lima.
25. Gallopin, P. (2016). "*Derecho del Medioambiente*", Lima, Ediciones jurídicas E.I.R.L

26. Garcia, C. (2008). *“La persona jurídica en el derecho penal”*, Lima, Grijley.
27. García, P. (2012). *“Derecho penal. Parte general”*, Lima, Jurista Editores.
28. García, P. (2014). *“Derecho penal económico. Parte general”*, Lima, Jurista.
29. Gómez, J. (2018). *“Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú”*, Lima, Instituto Pacífico.
30. Gómez, C. (2012). *“El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español”*, Madrid, La Ley.
31. Gómez, C. (2010). *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”*, Lima, Ara.
32. Gonzales, B. (2001). *“Recomendaciones para la caracterización del daño ambiental, en temas de derecho ambiental”*, San José, Investigaciones Jurídicas.
33. Herrero, J. (2011). *“Derecho ambiental”*, Lima, Ediciones jurídicas E.I.R.L
34. Heine, G. (1993). *“Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente”*, Madrid.
35. Huertas, L. (2013). *“Constitucionalización del derecho ambiental”*, Lima, Derecho Pucp.
36. Hurtado, J. (2015). *“Compendio de derecho penal económico. Parte general”*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP.
37. Hurtado, J. (2016). *“Compendio de derecho penal económico. Parte general”*, Lima, Fondo Editorial PUCP.
38. James, R. (2004). *“Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales”*, España, Medio ambiental y Derecho.
39. Jara, C. (2005) *“La culpabilidad penal de la empresa”*, España, La Ley.
40. Larenz, K. (1959). *“Derecho de las obligación ambientales”*, Lima, Alianza.
41. Ley N°28611. (2005). *“Ley General del Medio Ambiente”*, Lima, Sistema Peruano de Información Jurídica.
42. Márquez, B. (2007). *“La protección del ambiente y los límites del derecho penal”*, Lima, Juridicas.

43. Martínez, P. (2010). *“Propuesta metodológica para la evaluación de impacto ambiental en Colombia”*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia.
44. Mazuelos, C. J. (2011). *La responsabilidad de las personas jurídicas: La culpabilidad*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
45. Morello, I. (2004). *“Responsabilidad por daños”*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.
46. Nieto, A. (2008) *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas un modelo legislativo”*, Madrid, La Ley.
47. Osterling, P., & Castillo, F. (2011). *“Comentarios al nuevo proyecto de reforma del libro de derechos de obligaciones en el Código civil”*, Lima, Themis.
48. Peña, A. (2014). *“El delito de contaminación ambiental: Rasgos dogmáticos y características esenciales”*, Lima, Actualidad Penal.
49. Peña, A. (2017). *“Los Delitos Contra el Medio Ambiente”*, Lima.
50. Peña, C. (2013). *“Los delitos ambientales”*, Lima, Academia de la Magistratura.
51. Peschiera, R. (2011). *“Derecho penal económico”*, Lima, Grijley.
52. Piug, B. (2003). *“Fundamentos del derecho civil”*, España, Civiltas.
53. Reaño, J. (2015). *“La utilidad de los programas de criminal compliance para las empresas que operan en Perú”*, Lima, Themis
54. Reaño, J. (2016). *“Derecho penal económico”*, Lima, Academia de la Magistratura.
55. Reyna, L. (2005). *“Nuevas tendencias en el derecho penal y económico de la empresa”*, Lima, Ara.
56. Reyna, L. (2016). *“Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito”*, Lima, Instituto Pacífico.
57. Sánchez, S. (2001). *“La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, Madrid, Civitas.

58. Silva, J. (2001). *“La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, Madrid, Civitas.
59. Silva, J. (1999). *“Delitos contra el medio ambiente”*, Valencia, Tirant lo Blanch.
60. Silva, S. (2015). *“Delitos contra el medio ambiente”*, Valencia, Tirant lo blanch.
61. San Martín, C. (2001). *“Delito socioeconómico y procesal penal: El derecho procesal penal económico”*, Lima, Grijley.
62. Tiedemann, K. (2009). *“Derecho penal económico”*, Lima, Grijley.
63. Tiedemann, K. (2015). *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”*, en Anuario de derecho penal económico y de la empresa, n.º 3, Lima, Grijley.
64. Tiedemann, K. (1999). *“La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas”*. Lima, Idemsa.
65. Velasquez, M. (2000). *“Los nuevos daños. Buenos Aires”*, Hammurabi.
66. Vervaele, J. (2005). *“La responsabilidad penal de y en seno de la persona jurídica en Holanda”*, Lima, Ara.
67. Vidal, F. (2002) Separata de doctrina para el diplomado: *“responsabilidad civil y mala praxis y responsabilidad profesional”*. Lambayeque-Perú.
68. Wieland, F. (2017). *“Introducción al derecho ambiental”*, Lima, Fondo Editorial
69. Zavala, G. (1989). *“Daño colectivo en el derecho de daños”*, Buenos Aires, La Rocca
70. Zuñiga, R. (2013). *“Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armas en el derecho penal”*, Lima, Juristas.

ARTÍCULO REVISTA

71. El Peruano. (2004). “*El Peruano*”, Lima, El peruano.
72. Pradel, J. (2008). “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones*”, Friburgo, Anuario de derecho penal.
73. Silva, C. (2014). “*La culpabilidad, la capacidad de acción y la teoría de la pena en la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*”, Revista Juridica.

TESIS

74. Bermejo, M. (2009). “*Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*”, Barcelona, Universitat.
75. Foucault, M. (2013). “*Consideraciones jurídicas sobre los negocios ambientales*”, Lima, Universidad de Lima.
76. Foy, V. (2016). “*El derecho ambiental y las futuras generaciones*”, Lima, Pucp.
77. Gimeno, J. (2017). “*El proceso penal de las personas jurídicas*”, Toledo, Universidad Castilla-La Mancha.
78. Reyna, L. (2015). “*La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites*”, Lima, Unifr.
79. Vargas, G. (2017). “*Derecho ambiental y de los recursos naturales*”, Lima, Universidad Católica del Perú.

LEYES

80. Cas. N.º 383-2012-La Libertad, 15 de octubre del 2013, f. j. n.º 9.
81. Congreso de la República. (2003). D.S.Nº 085-2003-PCM,. Lima: C. de la República.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

82. García, P. (2008). “*Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano*”, en el portal web del Anuario de derecho penal, Friburgo. Recuperado de <bit.ly/2iarZ27>.
83. Palomino, W. (31 de Mayo de 2016). “*Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional*”. Obtenido de Blog Derecho penal económico y derechos humanos: <bit.ly/2idsmnr>.