

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



**LA REGULACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL IN NATURA EN LOS
DELITOS DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

ZOILA ROSSMERY GONZALES CORDOVA

ASESOR

YURI DIAZ JAIME

<https://orcid.org/0000-0003-3583-0189>

Chiclayo, 2020

**LA REGULACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL IN NATURA
EN LOS DELITOS DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL**

PRESENTADA POR:

ZOILA ROSSMERY GONZALES CORDOVA

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

ABOGADO

APROBADA POR:

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres

PRESIDENTE

Katherine del Pilar Alvarado Tapia

SECRETARIO

Yuri Diaz Jaime

ASESOR

DEDICATORIA

A mi madre

Eva Irene Córdova Vidal por haberme apoyado en todo momento, con sus consejos, valores, preocupación y por la motivación constante que me ha permitido seguir luchando por cumplir mis metas, pero más que nada, por su infinito amor.

A mi hija

Sami Mikella, por ser la persona que alegra mis días con sus sonrisas y ocurrencias.

A mis hermanos

Juan Carlos, Liliana Rocío y Jaime Ritcher, por estar conmigo en los momentos buenos y malos, los quiero mucho.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por ser el piloto de mi vida y por haber puesto en mi camino a muy buenas personas que han sido mi soporte durante todo el periodo de estudio.

A mi madrina Aleida por haber estado en cada etapa de mi vida, ser la persona que guio mis pasos, apoyándome en todo momento para seguir luchando por mis sueños.

RESUMEN

El delito de contaminación ambiental con presencia del daño al medio ambiente, se deben establecer de manera primordial formas de reparación in natura, ya que solamente de esta manera se logrará una efectiva reparación al medio ambiente lamentablemente en diversos pronunciamientos de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales no se han pronunciado al respecto, teniendo en cuenta que nuestra finalidad está basada en el objetivo principal el cual expresa en plantear la propuesta legislativa en función a la problemática planteada con criterios constitucionales y garantizando que se tenga en cuenta la reparación in natura cuando se fije la reparación civil, durante la investigación fiscal y asimismo se realice la adecuada valoración del daño, en los procesos penales sobre delitos ambientales.

Palabras claves: reparación in natura, delitos ambientales

ABSTRACT

The crime of environmental pollution with the presence of damage to the environment, should be established in a fundamental way forms of reparation in nature, as only in this way an effective repair to the environment is achieved regrettably in various pronouncements of the Public Prosecutor's Office Specialized in Crimes Environmental. Taking into account that our purpose is based on the main objective, which expresses in proposing the legislative proposal based on the problems raised with constitutional criteria and ensuring that civil compensation is taken into account when civil reparation is established, during the fiscal investigation is carried out the appropriate assessment of the damage, in criminal proceedings especially in environmental crimes and as specific objectives analyze the theoretical framework, related to the civil reparation in natura in application in environmental illicit behaviors obtaining general concepts for a better interpretation of the norm within the Peruvian legislation.

Keywords: reparation in natura, environmental crimes

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN.....	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN.....	ix
CAPÍTULO I.....	13
LA REPARACIÓN CIVIL IN NATURA EN APLICACIÓN A LAS CONDUCTAS ILÍCITAS AMBIENTALES OBTENIENDO CONCEPTOS GENERALES PARA UNA MEJOR INTERPRETACIÓN DE LA NORMA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA	13
1.1. El daño ambiental y la necesidad de su reparación	13
1.2. Hecho o conducta dañosa.....	14
1.2.1. Relación de causalidad entre el daño causado y la conducta dañosa..	15
1.2.2. Antijuridicidad de la conducta	16
1.2.3. Factores de atribución	17
1.2.4. Perjuicio, alteración o daño en la estabilidad de los ecosistemas.....	17
1.3. La reparación In Natura	20
1.3.1. Aspectos conceptuales	20
1.4. La reparación civil del proceso penal y la indemnización por daños y perjuicios del proceso civil.	24
1.5. Aplicación del derecho civil a la responsabilidad ambiental	25
1.6. Elementos de la responsabilidad civil por daño ambiental	26
1.6.1. La función reparadora.....	26
1.6.2. Legitimidad para obrar	28
1.6.3. Los responsables de los daños ambientales.	30
1.6.4. El nexo causal.....	31
1.7. La Justicia Ambiental.....	33
1.7.1. Justicia constitucional ambiental.....	35
1.7.2. Justicia en sede contencioso administrativo	35
1.7.3. Justicia Civil Ambiental	35
1.7.4. Justicia Penal Ambiental.....	36
CAPÍTULO II.....	38

ANALIZAR SI HAY VULNERACIÓN DE BIENES JURÍDICOS AMBIENTALES Y HUMANOS EN EJECUCIÓN DE LA ACCIÓN TÍPICA DE UN DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	38
2.1. Gestión Ambiental.....	38
2.2. Política Ambiental.....	40
2.3. La evaluación del Impacto Ambiental.....	45
2.4. Sistema Nacional de evaluación y fiscalización ambiental.....	48
CAPÍTULO III.....	56
LA UTILIDAD DE LA REPARACIÓN CIVIL IN NATURA EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL PARA REPARAR EL DAÑO CAUSADO.....	56
3.1. Estudio preliminar.....	56
3.2. Bien jurídico protegido.....	59
3.3. Concepto Generales.....	61
3.4. Alcances normativos.....	62
3.5. La Ley Penal en blanco y la accesoriedad al Derecho penal.....	68
3.6. Tipo subjetivo del injusto.....	70
3.7. El Delito de contaminación ambiental en la Cas. 383 – 2012 La Libertad...	76
3.8. El Delito de Contaminación ambiental ¿De Consumación instantánea o de efectos permanentes?.....	82
CAPÍTULO IV.....	89
LA REPARACIÓN CIVIL IN NATURA EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL.....	89
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como tema principal la regulación de la reparación civil in natura en los delitos de contaminación ambiental, al analizar los casos existentes de contaminación ambiental en el Perú, tanto por personas naturales y jurídicas, se advierte que existen aún muchas inconsistencias en cuanto a identificar la naturaleza jurídica y a la finalidad de la reparación civil dentro del proceso penal seguido por la comisión del delito de contaminación ambiental, previsto en el artículo 304° del Código Penal.

La reparación del daño ambiental, es uno de los temas más modernos y complejos que enfrenta el instituto de la reparación civil a tal punto que reiterada doctrina ha señalado que las categorías utilizadas para determinar la responsabilidad civil no son instrumentos muy útiles a las horas de fundamentar un daño ambiental. En ese sentido hay quienes señalan que debe reconocerse que la responsabilidad civil no es un instrumento jurídico creado para la defensa del medio ambiente; lo que se protege es la salud de las personas y la propiedad, y de esta protección se deriva la protección al ambiente.

El delito de contaminación ambiental con presencia del daño al medio ambiente, se deben establecer de manera primordial formas de reparación in natura, ya que solamente de esta manera se logrará una efectiva reparación al medio ambiente lamentablemente en diversos pronunciamientos de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales.

Para lo cual presentamos la problemática en función a:

¿Cuáles son los fundamentos necesarios para la aplicación de la reparación civil in natura en el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304° del Código Penal peruano?

Con la investigación se busca demostrar que sí, se constituye un delito el de contaminación ambiental en perjuicio de los bienes jurídicos ambientales cabe con obligatoriedad de resarcir el daño por los delitos ambientales, tanto la reparación civil (económica) y reparación civil in natura.

El medio ambiente, donde se protege los recursos naturales y a las personas que habitan en su entorno, la responsabilidad in natura ofrece la reconstrucción y conservación del medio ambiente afectado por causa de una infracción penal y sobre todo garantizar una vida digna.

La investigación se justifica en analizar el Código Penal ha contemplado la sanción de los delitos que atentan contra el medio ambiente teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es: estabilidad de los ecosistemas. La estabilidad es la capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir a las perturbaciones externas, de origen natural o humano. Por cierto, esa capacidad de resistencia no puede verse perturbada por cualquier actividad humana, sino por aquellas que al generar un gran impacto ambiental disminuyen las condiciones que permiten la estabilidad, es decir, que alteran gravemente la composición del agua, de la atmósfera o de los suelos, o disminuyen la biodiversidad

Teniendo en cuenta que nuestra finalidad está basada en el objetivo principal el cual expresa en plantear la propuesta legislativa en función a la problemática planteada con criterios constitucionales y garantizando que se tenga en cuenta la reparación civil in natura cuando se fije la reparación civil, durante la investigación fiscal se realice la

adecuada valoración del daño, en los procesos penal especialmente en los delitos ambientales y como objetivos específicos analizar el marco teórico, relacionado con la reparación civil in natura en aplicación en las conductas ilícitas ambientales obteniendo conceptos generales para una mejor interpretación de la norma dentro de la legislación peruana, Analizar que bienes jurídicos ambientales y humanos son vulnerados en la ejecución de la acción típica de un delito ambiental en la legislación nacional y Analizar el impacto social del proyecto legislativo orientado a regular la reparación civil in natura en los delitos de contaminación ambiental en la legislación peruana.

Llegando a desarrollarse en IV capítulos, el capítulo I en relación a la reparación civil in natura en aplicación en las conductas ilícitas ambientales obteniendo conceptos generales para una mejor interpretación de la norma dentro de la legislación peruana, también el capítulo II que se desarrolla en base a analizar si hay vulneración de bienes jurídicos ambientales y humanos en ejecución de la acción típica de un delito de contaminación ambiental en la legislación nacional, y el capítulo III, que se esboza en relación a la reparación in natura y su utilidad en la legislación peruana para reparar el daño causado y el ultimo capítulo la reparación civil in natura como alternativa de solución para reparar un daño causado por contaminación ambiental.

La autora.

CAPÍTULO I

**LA REPARACIÓN CIVIL IN NATURA EN APLICACIÓN A LAS
CONDUCTAS ILÍCITAS AMBIENTALES OBTENIENDO CONCEPTOS
GENERALES PARA UNA MEJOR INTERPRETACIÓN DE LA NORMA
DENTRO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA**

CAPÍTULO I

LA REPARACIÓN CIVIL IN NATURA EN APLICACIÓN A LAS CONDUCTAS ILÍCITAS AMBIENTALES OBTENIENDO CONCEPTOS GENERALES PARA UNA MEJOR INTERPRETACIÓN DE LA NORMA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA

1.1. El daño ambiental y la necesidad de su reparación

La imposición de una obligación de reparación civil en el proceso penal presupone la verificación de la existencia de un daño causado. El daño ambiental se define como: “Todo cambio perjudicial en las características físicas, químicas, o biológicas del aire, tierra o agua que pueda afectar nocivamente la vida humana y las materias primas”. Se podría afirmar entonces que daño ambiental es toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente¹.

Conforme a lo señalado en el art. 142.2 de la Ley General del Ambiente, en adelante LGA se tiene que²:

“Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales”.

Ahora bien, el delito de contaminación ambiental tiene varias modalidades por lo que es tanto un delito de lesión como un delito de peligro, en ese sentido conforme a la redacción el tipo penal se exige que la acción contaminante “cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental”. De lo señalado en el párrafo anterior se puede concluir que a efecto de establecer la forma de reparación civil, es de vital importancia determinar previamente ante que modalidad delictiva ¿del delito de contaminación nos encontramos ya que podría darse el caso en que se haya causado perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, en cuyo caso tendríamos un daño actual, concreto objetivo

¹ GONZÁLEZ BALLAR, Rafael. Recomendaciones para la caracterización del daño ambiental, en Temas de Derecho Ambiental, San José, Investigaciones Jurídicas, 2001. p, 79.

² LEY N°28611. Ley General del Ambiente 2013 [ubicado el 30 de V 2018]. Obtenido en <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/06/ley-general-del-ambiente.pdf>.

y presente en algunos de los elementos del medio ambiente o también podríamos encontrarnos ante la posibilidad de que se cause un perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, en cuyo caso nos encontraríamos ante un supuesto de daño futuro, que es el que resulta de un hecho ya ocurrido, cuyos efectos nocivos no han desarrollado aún todas sus consecuencias, pero que se espera que de acuerdo al curso ordinario de los acontecimientos lo hagan³.

De lo señalado anteriormente podemos establecer que ante un daño actual, objetivo y presente en alguno de los elementos del medio ambiente, podemos adoptar medidas de reparación de la zona afectada por ejemplo la reforestación de un bosque o el retiro del suelo contaminado. Ante la posibilidad de un daño futuro pueden dictarse medidas de prevención o también medidas de monitoreo permanente que permitan impedir o reducir las consecuencias del daño ambiental⁴. Todo es con la finalidad de reparar el daño ocasionado o evitar que se dañe más.

1.2. Hecho o conducta dañosa

Tratándose de la reparación civil por comisión de un delito, se tiene que el hecho o conducta dañosa, es precisamente la conducta descrita en el tipo penal. Siguiendo a Silva Sánchez y conforme a lo establecido en el art. 304 del Código Penal⁵, en adelante CP, incurre en delito de contaminación ambiental:

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

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

³ OSTERLING PARODI, Felipe; Rebaza Gonzales, Alfonso. Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad. Lima, 2015, p. 45.

⁴ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. Delitos contra el medio ambiente, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 114 -115.

⁵ HEYDEGGER, Francisco. Código Penal & Nuevo Código Procesal Penal, Lima, Instituto Pacífico, 2018.

Para SILVA SANCHEZ, en el delito de contaminación las conductas dañosas son las siguientes: i) provocar, o ii) realizar, cualquiera de las siguientes acciones: a) descargas; b) emisiones; c) emisiones de gases tóxicos; d) Emisiones de ruido; e) filtraciones; f) vertimientos; y g) radiaciones. Todas estas conforme se desprenden del propio tenor del tipo penal deben de ser contaminantes⁶.

El autor GARCIA CAVERO⁷ expresa:

“Para definir cómo tiene lugar la acción contaminante, el tipo penal utiliza dos verbos distintos: provocar y realizar. La diferencia entre ambos verbos rectores debe ubicarse a nivel de la ejecución del hecho. Mientras que el verbo provocar se refiere a una actuación intermediada por otros, el verbo realizar se ajusta a la ejecución directa de la acción contaminante”.

1.2.1. Relación de causalidad entre el daño causado y la conducta dañosa

Entre la acción u omisión del agente y el daño producido debe de existir una relación de causalidad, es decir el hecho debe ser el antecedente y el daño la consecuencia de este, para poder atribuir la responsabilidad y exigir la reparación de los daños ambientales. Por ejemplo la empresa X realiza el vertimiento de Diesel al mar de Ilo, realizados los análisis posteriores se comprueba que se han superado estándares de calidad de agua de mar para hidrocarburos totales de petróleo, es decir existe una relación de causalidad entre el hecho contaminante y la contaminación del agua de mar producida⁸.

De acuerdo con lo establecido en el art. 146 de la LGA, existe una serie de supuestos que pueden ser considerados como causas eximentes de responsabilidad, estos supuestos son los considerados en la doctrina como supuestos de ruptura del nexo causal, en ese sentido se señala:

No existirá responsabilidad en los siguientes supuestos: a) cuando concurren una acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con esta ley; b) cuando el daño o el deterioro del medio ambiente tenga su causa exclusiva en un suceso inevitable o irresistible; y, c) cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por una

⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Delitos contra el medio ambiente, Valencia, 2000, p.p. 53-54.

⁷ GARCIA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte general, Lima, Gaceta Jur. 2002, p. 866.

⁸ *Ibíd.*, p. 868.

*acción y omisión no contraria a la normativa aplicable, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión*⁹.

La necesidad de exigir una reparación in natura en los delitos de contaminación ambiental no deriva únicamente de la naturaleza de la reparación civil en un proceso penal, sino que, además, tiene un sustento normativo propio que claramente exige que así sea; en ese sentido, debe de tenerse en cuenta lo establecido en el art. 147 de la LGA¹⁰.

1.2.2. Antijuridicidad de la conducta

La antijuridicidad de la conducta exigida como uno de los elementos para configuración del tipo penal de contaminación, es decir la ausencia de causas de justificación.

Conforme a lo establecido en el art. 304 del Código Penal, incurre en delito de contaminación ambiental: “El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas”. De lo señalado anteriormente, podemos concluir que la antijuridicidad de la conducta contaminante deviene que dicha conducta previamente se encuentra prohibida expresamente o tácitamente en una ley o un reglamento o también se realiza con superación a los límites máximos permisibles. Esto significa que solo hay responsabilidad cuando el sujeto causante del daño actuó abiertamente en contra de las normas ya establecidas¹¹. Por ejemplo, se realiza un vertimiento de agua a un río con alto contenido de plomo sin contar con la autorización correspondiente emitida por la autoridad ambiental es decir la Autoridad Nacional del Agua, etc. Teniendo en cuenta que estos casos suceden a menudo en nuestro país, sin embargo nuestras autoridades no se preocupan por reparar el daño ocasionado a una parte de nuestro medio ambiente, a pesar de que en este mismo abarquen otros derechos fundamentales como son la vida, la salud pública, y la propiedad privada. La reparación civil in natura sería la manera más adecuada de reparar el daño ocasionado y a la vez protegería los derechos fundamentales antes mencionados.

⁹ LEY N° 28611. Óp. Cit., p. 79

¹⁰ Ibíd., pp. 870 - 871.

¹¹ VIDAL DE LA ROSA SÁNCHEZ, María Delifna. La reparación civil ex delicto en los delitos de peligro abstracto. *Ágora, Revista de Derecho*, 2015, p.85

1.2.3. Factores de atribución

El factor de atribución objetivo es una característica propia del daño ambiental y tiene como sustento el hecho de que en la mayoría de casos nadie quiere voluntariamente causar un daño al medio ambiente, sino que este daño se produce como consecuencia de una actividad riesgosa o peligrosa como lo son las actividades industriales, que a su vez generan una importante rentabilidad económica.

En ese sentido el art. 144 de la LGA¹², establece:

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.

1.2.4. Perjuicio, alteración o daño en la estabilidad de los ecosistemas

Ahora bien, corresponde analizar sobre la base de qué criterios se aplicarán estos conceptos en el bien jurídico penalmente protegido: estabilidad de los ecosistemas.

CARO CORIA¹³ adopta el criterio de la capacidad de resistencia de los ecosistemas, sosteniendo que:

“La estabilidad es [...] la capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir a las perturbaciones externas, de origen natural o humano. Por cierto, esa capacidad de resistencia no puede verse perturbada por cualquier actividad humana, sino por aquellas que al generar un gran impacto ambiental disminuyen las condiciones que permiten la estabilidad, es decir, que alteran gravemente la composición del agua, de la atmósfera o de los suelos, o disminuyen la biodiversidad”.

¹² LEY N° 28611. Óp. Cit.

¹³ CARO CORIA, Dino Carlos. El derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación, Lima, Grafica Horizonte, 2006, p.p. 277-278.

Esto implicaría que los efectos de alteración, perjuicio o daño se determinarían sobre la resistencia de un ecosistema.

En el derecho comparado, ALASTUEY DOBÓN¹⁴, parte del criterio de la capacidad de regeneración de los ecosistemas. Aduce que:

“El desequilibrio del ecosistema, esto es, la lesión del bien jurídico, se dará cuando se produzca un menoscabo en esa capacidad de regeneración. La capacidad de recuperación de un *sistema* natural (resiliencia) hace referencia a la rapidez con que un ecosistema vuelve a su estado anterior después de haber sido perturbado”.

En virtud de ello, se cometerá el tipo penal cuando las conductas ilícitas ambientales sean aptas para producir un perjuicio, alteración o daño en la capacidad de regeneración del ecosistema.

Sobre estas posturas, consideramos que tanto la resistencia como la regeneración de los ecosistemas requieren de un estudio técnico-científico exhaustivo que analice la capacidad de soporte o reconstrucción de los mismos ante las perturbaciones que puedan generarse, lo que implicaría, incluso, años de investigación para llegar a una conclusión. Además, estos criterios, no consideran que los ecosistemas, la mayoría de veces, no se encuentran en su estado natural, dado que algunos ya están alterados (altamente contaminados), ya sea por factores naturales o humanos; en tal sentido, no podría calificarse una conducta como un delito ambiental, pues ya no podría hablarse de una lesión o puesta en peligro grave de un bien jurídico que ya se encuentra deteriorado, ya sea porque el bien jurídico no resistirá más o porque su regeneración se tornaría más lenta.

Por esta razón, estimamos que debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 9 de la LGA, el cual dispone que la finalidad de la política ambiental es mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo. De esta manera, se debe proteger la permanencia de ecosistemas saludables, viables y sobre todo funcionales.

Sobre el funcionamiento de los ecosistemas, GARCÍA CAVERO¹⁵ ha mencionado que:

¹⁴ ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen. El delito de contaminación ambiental, Granada, Comare, 2004, p.p. 66-67.

¹⁵ GARCIA CAVERO. Óp. Cit., p. 887.

“La lesividad al medio ambiente o sus componentes no se expresa como destrucción o eliminación, sino como pérdida o peligro concreto de pérdida de su estabilidad funcional”.

Este criterio debe entenderse como el conjunto de funciones físicas, biológicas y químicas que cumplen los ecosistemas, y que permiten la interrelación de sus componentes.

Conforme a ello, el perjuicio, alteración y daño se determinará sobre el criterio de funcionamiento de los ecosistemas. No obstante, este criterio debe ir de la mano con el criterio del estado anterior propuesto por SILVA SANCHEZ¹⁶, quien explica que se podrá determinar la afectación del bien jurídico cuando los sistemas naturales se encuentran en desequilibrio, el cual no debe ser entendido como la situación en que los sistemas naturales se encuentren inalterados.

La acción típica puede afectar (o ser apta para afectar) el equilibrio de un sistema natural, aunque con anterioridad a la realización del acto de contaminación dicho ecosistema hubiese sido objeto ya de intervenciones humanas que hubiesen supuesto un menoscabo para ellos. Este autor propone partir del estado del sistema natural anterior a la realización de la conducta respecto de la cual se trata de determinar su relevancia penal, es decir, para él, equilibrio equivale a estado anterior y el desequilibrio equivaldría a la alteración del estado anterior¹⁷.

En este sentido, se advierte que si un ecosistema ya se encuentra afectado pero aun así proporciona sus funciones físicas, biológicas y químicas, y a su vez, garantiza la calidad ambiental para las personas que se sirven de ese ecosistema, se podrá determinar el perjuicio, alteración y daño con base en ese estado en el que se encuentra e imputar el delito de contaminación ambiental; así como se podrá archivar un caso si el estado anterior de un ecosistema es excesivamente deplorable, imposible de ser más contaminado, que ya no podría existir mayor lesión para ese bien jurídico, tal como se explica en el siguiente ejemplo:

La acción típica puede afectar (o ser apta para afectar) el equilibrio de un sistema natural, aunque con anterioridad a la realización del acto de contaminación dicho

¹⁶ SILVA SANCHEZ Óp. Cit., 80..

¹⁷ Ibíd. p.81

ecosistema hubiese sido objeto ya de intervenciones humanas que hubiesen supuesto un menoscabo para ellos.

1.3. La reparación In Natura

1.3.1. Aspectos conceptuales

Como ya se ha señalado, la reparación in natura consiste en acercar al damnificado a la situación en la que se encontraría si no hubiera existido el evento dañoso. Hemos dicho también que esta forma de reparación tiene su campo de aplicación más frecuente en los daños patrimoniales, aunque no se excluye por completo de los extrapatrimoniales. Se indica que la reparación in natura o en especie es la forma primaria de reparar el daño causado, la forma más perfecta, “la forma genuina de reparación”¹⁸, dado que con ella se procura obtener el equilibrio perdido en el patrimonio del damnificado, realizando una recomposición material en el activo del mismo, según la apreciación de DE CUPIS¹⁹.

Es importante reiterar que la reparación in natura implica restaurar la situación de la víctima a la que tendría de no haber existido el hecho dañoso. Como se puede observar, la restauración no se realiza a la situación que se tenía en un momento y lugar dados, sino a la que se tendría de no haberse presentado el daño, con lo cual, como ya señalamos, la reparación se deberá realizar identificando un estado de cosas hipotético, el que existiría si el daño no hubiera acaecido, luego de lo cual se deberá ordenar que se ejecuten las acciones necesarias para crear esa situación ideal. Por lo anterior, es claro que la reparación in natura no se concreta simplemente en cumplir una obligación de dar, entregando o transfiriendo bienes, sino que se concreta, en realidad, en un *facere* que, “no consiste meramente en el deber de eliminar ciertos obstáculos, sino que tiene un contenido positivo, puesto que obliga a crear un estado de cosas que de momento no existe”²⁰.

Para estos efectos, el concepto de reparación debe partir de una noción “dinámica” de patrimonio, con el fin de que la restauración de la situación del damnificado tome en cuenta las circunstancias del caso particular y no se termine realizando una simple sustitución “estática” de activos. Por ello, es claro que la reparación, adicionalmente a

¹⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, Bogotá, Temis, 2009, p. 260.

¹⁹ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, Tratado de responsabilidad civil, Navarra, 2002, p. 811.

²⁰ FISHCER HANS, Alex. Los daños civiles y su reparación, España, Revista de derecho privado, Agosto 2011, p. 141

colocar al damnificado en la situación que tenía al presentarse el hecho dañoso, deberá compensarle los otros perjuicios que se le hayan ocasionado. Para realizar esta labor se podría acudir al expediente utilizado por la doctrina alemana FISCHER HANS²¹ de distinguir entre restitución material y restitución económica, que seguidamente precisaremos, o, simplemente, reconocer la limitación de la reparación in natura, en su noción más sencilla, para compensar de manera completa este tipo de daños adicionales, ante lo cual ella deberá ser complementada con la indemnización de perjuicios a que haya lugar, como ocurriría, por ejemplo, con la necesidad de indemnizar el lucro cesante derivado de la imposibilidad de utilizar un bien que ha sido restituido en especie después de largo tiempo.

Como antes señalábamos, para dar un tratamiento adecuado a eventos como los que se han mencionado, en el derecho alemán, que, como sabemos, es el ordenamiento ejemplar en materia de reparación in natura, se distingue entre restauración material, referida a la situación puramente material del damnificado, y restauración económica, que no se debe confundir con indemnización en dinero, y que consiste en lograr la indemnidad económica de la víctima del hecho ilícito, contemplando en la reparación, además de lo material, las consecuencias posteriores del hecho dañoso. Ante las dificultades que surgen para lograr la plena restauración tomando sólo lo material del daño, señala Fischer que la doctrina alemana ha establecido que el fin de la reparación es “garantizar al perjudicado la misma situación económica que ocuparía sin el acontecimiento dañoso”²².

Con base en ello, admite que si la restauración material de la situación de la víctima del daño es insuficiente habrá que acudir a “rehabilitar económicamente al que lo sufre”, sin que esto implique, según el citado doctrinante, acudir a la indemnización en dinero. Como hemos señalado, la simple restauración material de la situación en que se encontraría el perjudicado si el daño no se hubiera causado, puede no cubrir los efectos del daño comprendidos entre el acontecimiento dañoso y la reparación, los cuales, en opinión de parte de la doctrina, sólo se podrían reparar a través de una indemnización de perjuicios adicional, lo que, para el caso y visto de manera integral, a nosotros no nos parece muy diferente del concepto de restauración económica que pregona FISCHER HANS. De esta manera, utilizando una u otra fundamentación

²¹ *Ibíd.*, p. 142.

²² FISCHER HANS, Alex. Los daños civiles y su reparación, España, Revista de derecho privado, Agosto 2011, p. 141

teórica, se estará reparando a la víctima el interés que ella tenía en las cosas pérdidas o deterioradas, y no sólo lo que ellas le representaban material u objetivamente.

Pues bien, precisado lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la pertinencia de la reparación in natura dependerá, como parece obvio, de la clase de daño inferido a la víctima y de la posibilidad de retrotraer o de recomponer, casi en el mundo de lo físico, los efectos del daño. En principio, los daños de tipo extrapatrimonial no son susceptibles de ser resarcidos a través de la reparación in natura. El campo en el que esta clase de reparación tiene una mayor aplicación es en el de los daños patrimoniales, y, particularmente, en el de los daños patrimoniales directos, pues en el caso de los daños patrimoniales indirectos es imposible reponer in natura el interés extrapatrimonial del damnificado que se reflejó en unas determinadas consecuencias desfavorables en el terreno patrimonial²³.

Por otra parte, es menester señalar que la forma de reparación que estamos analizando recibe diversas denominaciones por las diferentes legislaciones y cada autor la califica de conformidad con su particular manera de apreciar las cosas. En este sentido, debemos precisar que cuando nos referimos a la reparación in natura, estamos tratando de la misma figura que en la corriente francesa se denomina como reparación en especie, o la que para el Código Civil italiano se conoce como reintegración en forma específica, o, en fin, lo que alguna doctrina, mezclando las dos denominaciones anteriormente mencionadas, llama reparación en forma específica, terminología ésta que ha sido adoptada recientemente en los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil elaborados por el European Group on Tort Law.

Como veremos más adelante la reparación in natura admite variedad de mecanismos, como restituir o reponer un bien perdido, deshacer una acción realizada indebidamente, retirar de la circulación los ejemplares de una publicación que afecte la honra de una persona, etc. Precisamos desde ahora que una de las formas particulares de llevar a cabo la reparación in natura es la restitución de cosas o bienes, particularmente cuando éstos se han perdido y se encuentran en poder de terceros. Es decir, entendemos que la reparación es un término genérico y que la restitución es una de las formas de reparar in natura.

²³ ZANNONI, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, Astrea, 2012, p.33.

Para lograr la reparación del daño se debe remover la causa que lo ha generado y, luego de que ello ocurra, se procurará realizar las actividades necesarias para que el sujeto afectado con el hecho dañoso quede en una situación similar a la que tendría si el hecho no se hubiere realizado. De igual forma, para que pueda proceder la reparación in natura se debe partir del reconocimiento al juez del poder para dar órdenes, toda vez que esta forma de reparación, en muchas ocasiones, deberá impedir que un hecho continúe ocurriendo o deberá imponer la destrucción de obras realizadas, o, en fin, ordenar que se detenga determinada actividad lesiva.

Una de las ventajas que se atribuye a la reparación in natura es que con ella el damnificado no sufrirá los efectos adversos de la depreciación de la moneda, pues será el autor del daño el que deba adquirir con sus recursos los bienes o elementos que se requieran para efectuar la reparación, corriendo, por tanto, con el “riesgo” de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. Estando identificados con el planteamiento, ello no quiere decir que consideremos que la reparación por equivalente o indemnización sí se pueda ver afectada por los efectos adversos de la depreciación monetaria, pues, como arriba señalamos, la obligación de reparar los daños causados, particularmente la que para su atención definitiva implica acudir a un pago en dinero, debe ser considerada como una obligación de valor, con lo cual el acreedor de la misma, incluso cuando se trate de reparación por equivalente, estará protegido frente a las fluctuaciones monetarias²⁴.

Señalemos, finalmente, que es posible que la reparación in natura conduzca a colocar a la víctima en una situación más favorable que la que tendría si el hecho no hubiera ocurrido. Ello se presentará en aquellos eventos en los que sea necesario reemplazar un bien usado o con cierto deterioro por una cosa nueva y sin ningún uso. Se pregunta si en estos casos debe proceder la reparación in natura, y, en caso afirmativo, en qué términos. En nuestra opinión, en tales casos el principio general deberá ser la procedencia de la reparación in natura, pero por razones de equidad se deberá buscar que el obligado a reparar sea compensado por el mayor valor que tiene el objeto nuevo frente al que se perdió o destruyó, para así también evitar un enriquecimiento de la víctima.

²⁴ ROCA TRÍAS, Encarna. Derecho de daños, textos y materiales, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 387.

Señala al respecto YZQUIERDO TOLSADA que puede “suceder que la reparación suponga una mejora del objeto dañado en relación con el estado en que se encontraba, en cuyo caso deberá moderarse la suma a fin de no enriquecer injustamente al acreedor del resarcimiento. Y si la cosa usada no tiene equivalente en el mercado, habrá de entregarse un cosa nueva, pero como la que se dañó fue una usada, la diferencia de valor habrá de ponerse a cargo del perjudicado, con lo que, de no convenirle, habrá de conformarse con un resarcimiento en forma de indemnización, calculada ésta conforme al valor que la cosa usada tenía”²⁵.

1.4. La reparación civil del proceso penal y la indemnización por daños y perjuicios del proceso civil.

La pretensión de reparación civil en el proceso penal es de naturaleza jurídica distinta a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios que se hace valer en proceso civil. La reparación civil fijada en un proceso penal cumple un papel muy importante en la función resocializadora del autor de un delito, tal es así que reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado, debe ser considerado como una circunstancia de atenuación al momento de cuantificar la pena a imponerse conforme a lo dispuesto en el art. 46.f del CP, por otro lado el pago de la reparación civil también puede ser considerado como una regla de conducta para disponer la reserva del fallo condenatorio (art. 64.4 CP) o para disponer la suspensión de la pena (art. 58.4 CP).

Sin embargo, la diferencia más importante entre la reparación civil y la indemnización de daños y perjuicios, es la contenida en el art. 93 del CP el cual establece: “La reparación comprende: 1) La restitución del bien o si no es posible el pago de su valor; y 2) La indemnización de los daños y perjuicios”.

Del mandato normativo antes citado se puede concluir que la reparación civil es más que una indemnización, puesto que comprende además, a la denominada reparación in natura, es decir, la restitución del bien (naturalmente afectado) y no de “un sustituto” como lo es el contenido indemnizatorio (mediante la entrega de una suma dineraria).

Así las cosas, podemos concluir que al momento de determinarse la reparación civil en el proceso penal por contaminación ambiental debe optarse por la restitución del

²⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Madrid, Dykinson, 2001, p. 478

bien o reparación in natura y solamente en el caso de que esto no sea posible ordenar el pago de su valor en dinero.

La necesidad de exigir una reparación in natura en los delitos de contaminación ambiental, no deriva únicamente de la naturaleza de la reparación civil en un proceso penal, sino que además tiene un sustento normativo propio que claramente exige que así sea, en ese sentido debe de tenerse en cuenta lo establecido en el art. 147 de la Ley General del Medio Ambiente²⁶, la cual textualmente establece lo siguiente:

“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”.

1.5. Aplicación del derecho civil a la responsabilidad ambiental

El derecho civil tiene una inspiración individualista, en esa línea la responsabilidad civil comprende el daño a la persona, su salud o su patrimonio; mientras que el daño ambiental va más allá de la lesión a un interés individual, la afectación es del medio ambiente y/o alguno de sus componentes” cuya titularidad corresponde al interés difuso. “Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes”²⁷; son entonces “las lesiones a la biósfera, aquellas que se produzcan contra los recursos naturales inertes como la tierra, el agua, los minerales, la atmósfera y el aspecto aéreo, recursos geotérmicos e incluso las fuentes primarias de energía”; ocasionando también la afectación mediata de la vida del ser humano, vulnerándose así “el derecho constitucional de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, al desarrollo de la vida”²⁸.

El Código Civil al regular la responsabilidad extracontractual, en el artículo 1969 señala: “aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo.

²⁶ LEY N°28611. Óp. Cit.

²⁷ LEY N°28611. Óp. Cit., p. 19.

²⁸ MORELLO ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004

El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”; el artículo 1970 del mismo cuerpo normativo dice: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. Ambos artículos hacen referencia al daño que el agente causa a otro y este otro tiene derecho a una indemnización por el daño sufrido. Entendemos que la norma al señalar “a otro” se refiere al daño que sufre un sujeto individualizado y no al daño que sufre el medio ambiente, que tiene naturaleza jurídica distinta.

Al respecto surge una interrogante ¿La responsabilidad civil es un instrumento eficaz de defensa del daño ambiental? Velásquez²⁹, responde esta inquietud: “debe reconocerse que la responsabilidad civil no es un instrumento jurídico creado para la defensa del medio ambiente; lo que se protege es la salud de las personas y la propiedad, y de esta protección se deriva la protección al ambiente”; sin embargo, el daño ambiental presenta su propia concepción doctrinaria y características particulares frente al daño civil tradicional; por ello los conflictos sobre esta materia no podrán ser resueltos eficazmente con las normas del Código Civil, artículos 1969 y 1970, por ser éstas insuficientes; por ello se requiere un marco jurídico que regule propiamente la reparación del daño ambiental, para una defensa eficaz del medio ambiente y una reparación efectiva del daño.

1.6. Elementos de la responsabilidad civil por daño ambiental

1.6.1. La función reparadora

En la responsabilidad extracontractual la función reparadora 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 perjuicios³⁰ una vez individualizado el daño causante. En ambos casos exige la individualización del daño y el causante. En ambos casos exige la individualización del daño y el 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 difícil establecer quienes realmente sufren las consecuencias del daño producido; también

²⁹ VELÁSQUEZ MORENO, Mildred. Los nuevos daños, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 266.

³⁰ PIUG BRUTAU, José. Fundamentos del derecho civil. España, 2003, p.71

porque las características propias del medio ambiente como conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y biótico (organismos vivos) lo hacen en si imposibles.

En su efecto de la reparación integral (reparación in natura) existe la alternativa de la compensación económica, pero si se pretendía una indemnización como paliativo esta resultaría de cuantificación exorbitante o imposible, dado también las características sine qua a non, el medio ambiente, como bien jurídico; puesto que nos preguntaríamos, como cuantificaríamos monetariamente la contaminación de un río, laguna, bosque, etc. Doctrina extranjera nos ofrece posibilidades de solución a través de los sistemas de valoración de daños ambientales.

En efecto, como el doctor³¹ nos manifiesta, uno de los sistemas más simple para evaluar los daños ambientales, especialmente en casos de inducción de sustancias toxicas o de petróleo, es efectuar mediciones en la fuente misma del agente causante el daño (discharge level). Esto se traduce, por ejemplo, en fijar una tasa monetaria por cada litro de petróleo vertido, método que aporta facilidades en la tasación misma del daño, pues el obedecer a criterio uniformes la tarea de valoración suele ser más simple y menos costosa.

Otro tipo de sistema de valoración se encuentra en la Ley de responsabilidad por daño ambiental en Italia, en su art. 18 inciso 16 de la Ley N° 346, cuyo mandato dispone a que el juez tomo como criterios básicos para medir monetariamente los daños ambientales en base a laos costos de rehabilitación, grado de culpabilidad del autor del daño y la ganancia obtenida por el causante, en este último criterio por ejemplo, si una empresa omite realizar inversiones tecnológicas para el tratamiento de sus residuos mineros que le hubieran costa cerca de 10,000 dólares, entonces está obteniendo una ganancia de 10,000 dólares, al no internalizar sus costos del cuidado ambiental, entonces si dicha omisión generaría un daño ambiental irreparable, la compensación económica equivaldría a la suma de 10, 000 dólares.

Podemos decir, resumiendo lo dicho anteriormente que el daño ambiental desafía el principio de la función reparadora de la responsabilidad civil clásica, por lo que la doctrina tradicional tuvo que reconocer que la reparación integral casi siempre viene

³¹ RUIZ PIRACÉS, Roberto. Monitorización de daños ambientales: una visión desde el derecho ambiental. México, 2001, p. 147.

a ser una simple ilusión³² y renovar su discurso al llamado principio de valoración equitativa, que según la doctrina italiana significa no una ilusoria reparación integral del daño sufrido, sino la reparación equitativa mediante la determinación equivalente en dinero a la suma que debió costar su precaución y prevención ambiental, estimación o apreciación aproximativa que lo realizan propiamente los que se encargan de resolver los conflictos ambientales. Por ello el concepto que se acoge en estos días es a la función preventiva de la reparación civil sobre la base de la mejor posición preventiva y distribución de riesgos. Dicha función preventiva e debe a los aportes del Análisis Económico del derecho que justamente plantea la internalización de los costos que origina el daño ambiental mediante un sistema de responsabilidad civil preventiva antes que reparadora dada la ineficacia de la reparación in natura.

1.6.2. Legitimidad para obrar

Otra dificultad que genera el daño ambiental es cuando pretendemos individualizar al perjudicado por los daños ambientales, y mejorar de esa manera el panorama de la legitimidad para accionar ante esos daños. Esto es un problema para la ciencia procesal porque establecer un medio de defensa encamina a la protección del medio ambiente en si alteraría el concepto de legitimidad e interés para obrar clásico. La doctrina trata de salvar esta dificultad mediante la figura de “la acción pública” en el derecho privado para hacer efectiva a exigencia de responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente. Cierta doctrina autorizada de que en estos casos no se habla de legitimidad sino de representación³³.

En los EE.UU. se formularon originales métodos de legitimización para demandar el proceso judicial denominado class action³⁴. En el Perú de la interpretación sistemática de lo artículo: IV del TP y 82 del Código Procesal Civil, IV del título preliminar de la LGA y 37, inciso 23 del Código Procesal Constitucional, e desprende cierta contradicción al reconocer, en primer lugar a toda persona natural o jurídica a poder accionar ante un daño ambiental, pero en el art. 82 del Código Adjetivo estipula que la legitimidad en estos proceso de interés difuso le corresponde solo al Ministerio Publico y a las asociaciones sin fines de lucro.

³² DE ANGÉL, YAGUEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Madrid, Cuadernos Civistas, 2015, p. 325.

³³ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogota, 2006, p. 36.

³⁴ Cfr. DE ANGÉL, YAGUEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Madrid, Cuadernos Civistas, 2015, p. 196.

En nuestra legislación peruana, el art. IV del Título Preliminar de la LGA³⁵, reconoce la capacidad jurídica de toda persona para recurrir a las acciones legales, con la finalidad de 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° 27752, publicada el 08 de junio del 2002, señala que solamente pueden promover o intervenir en procesos de 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. Es decir, según la norma adjetiva la legitimidad para obrar activa, en defensa de los intereses difusos como el medio ambiente, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el mencionado artículo, en contraposición a lo que se dice la norma sustantiva especial, que reconoce a toda persona el derecho a interponer acciones legales en defensa del medio ambiente, aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante, pues el interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante a su familia.

En la jurisprudencia peruana existe un caso emblemático donde se concluyó, por primera vez, que la legitimidad en intereses difusos puede ir planteados por cualquier ciudadano, es el caso de la firma Lucchetti cuando instaló sus plantas industriales frente a la zona reservada de los Pantanos de Villa, lo que motivó que la ciudadana Rossina Luz Prieto Llano solicitase una medida cautelar de no innovar fuera del proceso ante el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, que declaró procedente dicho pedido, fundamentando su decisión en el hecho de que nuestro Código Procesal Civil condena interés y legitimidad para obrar al Ministerio Público y asociaciones sin fines de lucro. No obstante, últimamente se ha dispuesto como doctrina jurisprudencial en el Primer Pleno Casatorio Civil que la legitimidad para obrar activa, en defensa de los intereses difusos, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el art. 82 del Código Procesal Civil, pero esta interpretación se realiza sin tomar en cuenta la LGA³⁶.

³⁵ LEY N°28611. Óp. Cit.

³⁶ LEY N°28611. Óp. Cit.

1.6.3. Los responsables de los daños ambientales.

Ocurre que cuando se acciona judicial o administrativamente ante un daño ambiental, la parte demandada es generalmente una persona jurídica (una empresa minera, por ejemplo), es decir, en la responsabilidad civil por daño ambiental en la mayoría de casos se emplaza a una organización de persona natural. En ese sentido, sabemos por doctrina que una persona jurídica goza de la independencia de los miembros que la conforman como también de la representatividad de sus órganos de gobierno, por eso se considera a la persona jurídica también como un centro de derechos y obligaciones, en consecuencia, posible de ser responsable por los daños ambientales que pueda generar en el desarrollo de sus actividades³⁷.

Empero la persona jurídica solo puede ser pasible de responsabilidad de carácter objetivo, porque es la que inserte el riesgo den la sociedad y ella misma debe asumir los daños que se produzcan como consecuencia de los actos que realicen sus órganos, representantes o dependiente en el ejercicios 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 voluntariedad³⁸.

Hasta el momento, todo bien 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 supuesto de aplicación de responsabilidad objetiva en una persona jurídica en nuestro sistema legal. Esto dada que en nuestro sistema de responsabilidad civil, no se ha previsto supuesto alguno sobre la responsabilidad civil de las personas jurídica. Ante esta carencia, cualquier solución práctica se ha llevado a cabo, aunque no necesariamente la más acertada, como el caso de alguno jueces que acuden a una aplicación de lo art. 1981 y 1325 del Código Civil, lo que implica interpretar supuestos de responsabilidad contractual y responsabiliza extracontractual de manera asistemática³⁹.

³⁷ VIDAL DE LA ROSA SÁNCHEZ, Óp. Cit., p. 250..

³⁸ MISPIRETA GALVEZ, Carlos, Alberto. Apuntes sobre la jurisprudencia en caso de responsabilidad de la persona jurídica, Lima, Dialogo de la Jurisprudencia, 2001, p. 120.

³⁹ Ibid, p. 121.

1.6.4. El nexo causal

El nexo causal como elemento importante de la responsabilidad extracontractual señala a la necesidad de un ligamen de causa a efecto entre la conducta típica o atípica el daño producido a la víctima o víctimas, no habrá responsabilidad de ninguna clase. En el caso de la ocurrencia de un daño ambiental la relación de causalidad presenta serias limitación frente a las características propias del daño ambiental, ni siquiera a las ya conocidas teorías de la equivalencia de condiciones, de la relación causal adecuada, de la causa eficiente, etc., resulta suficiente. Es por esta razón que esta dificultad puede ocasionar un importante obstáculo en los casos judiciales relacionados con el medio ambiente⁴⁰.

Incluso cuando la carga probatoria se refiere, la regla general es que corresponde al demandante la carga de la prueba, es decir, demostrar que una causa o una versión de los acontecimiento es el ligamen de los efectos dañosos; pero en daños ambientales, las pruebas son a menudo complejos y oneroso, pues la pruebas técnicas o pericias deben tener un alto grado de precisión. Por ello ante la responsabilidad por daño ambientales e incluso responsabilidad profesional es inexacto esperar con exactitud la relación de casualidad, por esta razón el juez solo puede contentarse con la probabilidad de su existencia⁴¹ o probabilidad predominante”, como algunas legislaciones europeas lo consideran, en el caso de Bélgica, Portugal e Islandia⁴². A nivel de la doctrina, se ha ofrecido alternativas de solución distinta con el fin de hacer frente a este nuevo supuesto de daño ambiente, por ejemplo, citando a⁴³ podemos citar las siguientes teorías:

- a) La teoría de la proporcionalidad, según la cual la reparación, la condena a indemnizar “debe ir proporcionada a la probabilidad de causación del daño, por ejemplo si en un caso determinado hay el treinta por ciento de probabilidad de que el demandado hay originado el daño, este deberá resarcir el treinta por ciento del total del perjuicio padecido.

⁴⁰ DIRECCIÓN GENERAL DEL MEDIO AMBIENTE DE LA COMISION EUROPEA. El libro blanco sobre la responsabilidad ambiental, Lima, 2003, p. 251.

⁴¹ DE ANGÉL, YAGUEZ, Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Madrid, Cuadernos Civistas, 2015, p. 321.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ MOSSET ITURRASPE, Jorge. La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. México, Latinoamérica de Derecho, 2004, pp. 117 – 118.

- b) La teoría holandesa, pro al cual ante la imposibilidad de probar el vínculo causal, debido al elevado número de posibles agente se hace solidariamente responsables a todos ellos.
- c) La teoría de la responsabilidad empresarial, que se aplica en el supuesto donde hay vario demandados que son fabricantes de un determinado producto, habiendo todos de ellos desarrollado la misma actividad fabril, que puede haber dado lugar a responsabilidad. Cada uno responde con su parte o presencia en el mercado.

La teoría de la persona más probablemente victima (most likely victim), en virtud de la cual, en los supuestos en que hay varias personas que aleguen haber sufrido un daño, debe resarcirse a la que pruebe una mayor probabilidad de causalidad entre el daño sufrido y la actividad del demandante.

Para entrar al meollo de la responsabilidad propiamente ambiental debemos tener en cuenta lo siguiente: Según Vargas, los daños ambientales por el bien jurídico que afectan, se dividen en “daños ambientales puros” y “daños ambientales consecutivos”. “El daño ambiental puro es aquel que daña o afecta al ambiente o uno de sus componentes. Y el daño ambiental consecutivo es que como consecuencia de un daño ambiental puro, es dañado un patrimonio o bien particular o individual”. En el primer caso el bien jurídico afectado es el medio ambiente y en el segundo es específicamente la persona y su patrimonio⁴⁴.

Refiriéndose a estos daños, Gonzales Ballar⁴⁵, citando a Alpa, dice: “el daño ambiental es un daño causado a un interés colectivo carente de materialidad y de titularidad colectiva” y agrega “mientras que el daño civil constituye una afectación directa a las personas o a sus bienes”, reflejando éste último, el daño ambiental consecutivo. Entonces “(...), debemos estimar que la responsabilidad civil abarca solo el daño sufrido por una persona determinada, como consecuencia de la contaminación de un elemento ambiental, en su propia persona (intoxicación por haber bebido agua de una fuente contaminadora por una industria) o en sus bienes (muerte de caballería por contaminación de plomo en aguas; muerte de peces por contaminación de un río por residuos), pero en todo caso se debe probar el daño ambiental”⁴⁶.

⁴⁴ VARGAS GALLEGOS, Susana Julieta. Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. Lima, Universidad Católica del Perú, 2017.

⁴⁵ GONZÁLEZ BALLAR, Rafael. Recomendaciones para la caracterización del daño ambiental, en Temas de Derecho Ambiental, San José, Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 125

⁴⁶ VELÁSQUEZ MORENO. Óp. Cit., p.266.

Ante la comisión de un delito, se generan dos tipos de consecuencias para su autor, las sanciones penales (penas o medidas de seguridad) y las consecuencias civiles que se conocen comúnmente como reparación civil. Mediante la reparación civil se busca resarcir el daño ocasionado a la víctima, en razón de restituirla al estatus anterior al desarrollo del suceso delictivo⁴⁷.

1.7. La Justicia Ambiental

El derecho de acceso ciudadano a la justicia ambiental en sede judicial, ha congregado una serie de propuestas, declaraciones y normas cada vez más especializadas. Desde la Declaración de Río (1992), Declaración de Malmö (2000), Principios de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y la Función del Derecho (simposio mundial de jueces, Johannesburgo (2002)), Declaración sobre justicia, gobernanza y derecho para la sostenibilidad ambiental (Conferencia Río+20 (2012), Iniciativa de establecer el Instituto Judicial Mundial para el Medioambiente (Congreso Mundial de la Naturaleza, Hawái 2016), Iniciativa de la OEA “Protegiendo la Casa Común desde el Poder Judicial” o esfuerzos recientes del Minam, Seminario-Taller Internacional sobre Derecho de Acceso a la Justicia Ambiental (2016), entre otros.

En todas las propuestas arriba mencionadas se propone la implementación del derecho de acceso ciudadano a la justicia ambiental, entendido como 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” (Ley General del Ambiente)⁴⁸. Ello supone una respuesta sistémica que regule la actuación de todos los agentes que operan en el sistema de administración de justicia, cuando se involucren asuntos ambientales y, ciertamente, desarrollos normativos y aplicativos según los escenarios de controversia temático-ambiental.

Tales escenarios han sido “acaparados” por las cuestiones delictivo-ambientales y las constitucionales, sobre todo en procesos de amparo, tendencialmente conexos a derechos humanos. Sin embargo, habría que promover el radio de acción en los roles

⁴⁷ VIDAL DE LA ROSA SÁNCHEZ, Óp. Cit., p. 247.

⁴⁸ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales 2004 [ubicado el 20. XI 2018]. Obtenido en <bit.ly/2iVJWhV>.

o aplicaciones ambientales a los procesos de habeas data, Incumplimiento y de acción popular⁴⁹.

En sede civil no se han impulsado acciones por daño ambiental puro (mal denominado daño ecológico puro), que ya existen formalmente desde el 2005 y cuyo impulso no se sustenta en el artículo 82 del Código Procesal Civil, abrogado tácitamente por el artículo 143 de la Ley General del Ambiente, cosa que, al parecer, desconocía el Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema del 2007.

De otra parte, el Código Civil y la responsabilidad extracontractual sería el mecanismo para procesar el daño por influjo ambiental o daño ambiental indirecto. Ciertamente, hay que prestar atención al contencioso administrativo para los casos de controversias provenientes de la justicia ambiental en sede administrativa. Asimismo, hay que estar vigilantes ante algunas malas interpretaciones del arbitraje y la conciliación ambiental, que solo corresponderá a controversias sobre bienes de libre disponibilidad y daños por influjo ambiental.

Al respecto, habría que considerar:

1. La necesidad de elaborar un análisis comparativo de las experiencias referidas a la constitución de modelos de tribunales y juzgados ambientales, sobre todo de nuestra región, como línea base para la propuesta de un modelo nacional sobre la administración de justicia ambiental, en el marco de los diagnósticos ya elaborados desde el Poder Judicial y demás referentes de información como el Minam.
2. La evaluación de los diversos escenarios potenciales de actuación de la justicia ambiental previa definición conceptual consensuada, teniendo en cuenta los diversos escenarios potenciales de actuación de la justicia ambiental .

⁴⁹ PEÑA CABRERA, Alonso. El delito de contaminación ambiental: Rasgos dogmáticos y características esenciales, Lima, Actualidad Penal, 2014.

1.7.1. Justicia constitucional ambiental

Evaluar criterios diferenciadores respecto los recursos naturales o la salud, o culturales u otros derechos y valores, puesto que no siempre, cuando estos se encuentran involucrados, no siempre necesariamente implicará una dimensión ambiental.

1.7.2. Justicia en sede contencioso administrativo

Cuidar y evaluar las conexiones e interrelaciones con la justicia administrativa ambiental.

1.7.3. Justicia Civil Ambiental

- i) Cuando se trata de daño ambiental propiamente dicho (daño ambiental directo), que tiene como base la Ley General del Ambiental y aún no ha sido impulsada estas acciones, aunque, en prospectiva, hay que considerar cómo se engarza con el modelo a configurar.
- ii) Cuando se trata de daño por influjo ambiental (daño ambiental indirecto), este último se encuadra en la clásica institución de responsabilidad civil extracontractual.
- iii) Pauta doctrinal propuesta por Raúl Brañes⁵⁰.

En sede civil no se han impulsado acciones por daño ambiental puro (mal denominado daño ecológico puro) que ya existen formalmente desde el 2005 y cuyo impulso no se sustenta en el artículo 82 del Código Procesal Civil, abrogado tácitamente por el artículo 143 de la Ley General del Ambiente, cosa que, al parecer, desconocía el Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema del 2007.

De otra parte, en relación con el daño por influjo ambiental o daño ambiental indirecto, el Código Civil y la responsabilidad extracontractual serían los mecanismos para procesarlos.

⁵⁰ BRAÑES, Raúl. La Política Nacional del Ambiente y su marco jurídico institucional en América Latina, en Ambiente y Recursos Naturales, 1988

1.7.4. Justicia Penal Ambiental

Al respecto, ya se han generado muchas consideraciones y estimativas. Ciertamente, hay que integrar cómo se engarza en una propuesta de modelo de juzgados y tribunales ambientales en general.

CAPÍTULO II

ANALIZAR SI HAY VULNERACIÓN DE BIENES JURÍDICOS AMBIENTALES Y HUMANOS EN EJECUCIÓN DE LA ACCIÓN TÍPICA DE UN DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

CAPÍTULO II

ANALIZAR SI HAY VULNERACIÓN DE BIENES JURÍDICOS AMBIENTALES Y HUMANOS EN EJECUCIÓN DE LA ACCIÓN TÍPICA DE UN DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

2.1. Gestión Ambiental

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 Reglamento⁵¹.

Como toda organización moderna, pública o privada, el Poder Judicial, enfocada como un gran sistema institucional, debería contar con un sistema de gestión ambiental. Esta exigencia deriva de muchas normas jurídicas, tales como la Ley General del Ambiente (art. 15), Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (art. 2, aunque no es tan explícita), la Política Nacional del Ambiente (eje de política 3 Gobernanza ambiental: objetivos 3. Construir nuevos modos de producción y vida basados en los principios de la sostenibilidad, la ética, la inclusión social y la justicia ambiental), los Ejes Estratégicos de la Gestión Ambiental (eje: Estado soberano y garante de derechos gobernanza / gobernabilidad, acceso a la justicia y a la fiscalización ambiental eficaces), entre muchas otras.

Este sistema de gestión ambiental supone organizarse para “cumplir con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país”, en lo que corresponda desde la sede judicial.

⁵¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley N.º 27446: Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, Lima, 2001

De otra parte, no hay que perder la perspectiva de que toda acción humana u organizacional, genera impactos en el ambiente, inclusive lo que en tiempos recientes se denomina la huella ecológica (ambiental) del carbono, hídrica, entre otras acepciones, según el caso. La “huella ecológica”, interpretada en sede judicial, mediría “la cantidad de tierra y agua biológicamente productivas” que el sistema de administración de justicia “requiere para producir los recursos que consume y para absorber los desechos” que genera en dicha actividad⁵²; o bien, si se quiere, la huella de carbono, como la medida del impacto que provocan las actividades de la administración de justicia en el ambiente, que se “determina según la cantidad de emisiones de GEI producidos, medidos en unidades de dióxido de carbono equivalente”.

Otra exigencia ambiental para el sector público sería el ecoeficiencia⁵³. La cuales aplicada al sector público (léase administración de justicia) “es sinónimo de competitividad y calidad del servicio dada la magnitud y alcance de los servicios que se ofrecen desde el sector público, tales como: el ahorro de recursos e insumos de trabajo, la eficiencia en el uso de la energía y la minimización de la generación de residuos sólidos.

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. 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.

⁵² GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. El planeta tierra [ubicado el 13.VI 2018] obtenido en <https://www.footprintnetwork.org/resources/publications>.

⁵³ MINISTERIO DEL AMBIENTE. Decreto supremo 009-2009 [ubicado el 13. VI 2018] obtenido en <http://www.minam.gob.pe/disposiciones/decreto-supremo-n-009-2009-minam>.

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.

La acepción de justicia ambiental que se ha venido planteando durante los últimos tiempos en la región⁵⁴, en realidad, proviene de la experiencia norteamericana de los años ochenta, cuando un estudio demostró que 3 de cada 4 depósitos de desechos peligrosos se localizaba en comunidades afroamericanas; con ello saltó a la palestra la discusión sobre la desigualdad discriminación respecto el riesgo ambiental⁵⁵. En nuestro país se quiso consagrar esta denominación aunque no desde tales consideraciones críticas mediante un sendo título sobre justicia ambiental en la discusión de reforma del derogado Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y que al final quedó bajo la acepción convencional de la responsabilidad por daño ambiental en el título IV de la Ley General del Ambiente (Ley N.º 28611) y una mención en su artículo de su título preliminar. En resumen: hoy día tanto en el escenario internacional como del derecho comparado y nacional se legitima el concepto de “acceso a la justicia ambiental”⁵⁶.

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.

2.2. Política Ambiental

⁵⁴ BRAÑES, Raúl. El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho ambiental y desarrollo sostenible, México, ALDA, 2013.

⁵⁵ BUNYAN, Bryant. Environmental Justice. Issues, Policies, and Solutions, Washington, Island Press, 2009.

⁵⁶ FOY, Pierre. Consideraciones sobre la Justicia Ambiental en el Sistema Jurídico Peruano, Lima, ARA, 2008, p.p. 121-149

La política criminal y la política ambiental se convierten en un binomio jurídico que da lugar a la política criminal ambiental, la cual estará a cargo del diseño formal y la ejecución material de estrategias, políticas y planes de acción, para prevenir, controlar, sancionar y mitigar los daños ambientales y sus derivados: daños a la salud y a la vida de las personas, conflictos sociales, malestar general, etc.

Un último ejemplo, la Ley de Recursos Hídricos⁵⁷ 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, en este caso volvemos a repetir, se infringe la Ley de Recursos Hídricos al realizar vertimientos sin autorización. 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, 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 penal⁵⁸.

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.

⁵⁷ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley de Recursos Hídricos Ley N° 29338, [ubicado el 13.VI 2018]. Obtenido en: <http://www.ana.gob.pe/media/316755/leyrh.pdf>

⁵⁸ CARO CORIA, Dino Carlos. Empresas 'Trabajando por el Perú' y el delito de contaminación ambiental, Lima, Derecho & Sociedad, 2015.

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 ambiental⁵⁹. 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 delictiva⁶⁰.

Esta particularidad del delito de contaminación del ambiente puede generar los más variados puntos de vista en la sociedad como, por ejemplo, que no existe una real sanción penal para quien atenta o pone en riesgo el medio ambiente o tal vez que sea excesiva la intervención penal en ciertas actividades y que bastaría con una efectiva intervención administrativa⁶¹. Por otro lado y en mérito al desconocimiento del marco normativo ambiental y la política ambiental adoptada en nuestro país, muchas veces no se sabe exactamente a qué autoridad recurrir para reclamar el reconocimiento o restablecimiento del derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, considerado como bien jurídico protegido de los delitos contra el medio ambiente, o más aún cómo solicitar el resarcimiento de un daño provocado como consecuencia de la vulneración del mencionado derecho.

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 delitos⁶². 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.

⁵⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales 2004 [ubicado el 20. XI 2018]. Obtenido en <bit.ly/2iVJWhV>.

⁶⁰ ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. Manual de derecho ambiental, Lima, Grijley, 2013.

⁶¹ SANTANA VEGA, Dulce María. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Madrid, Dykinson, 2012.

⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delitos contra el medio ambiente, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015

Si bien se ha vuelto un lugar común criticar la denominación “delitos contra la ecología” y así en algunas ocasiones nos hemos sumado a tales críticas, consideramos hoy en día que no necesariamente es incorrecto, si efectivamente nos referimos a la “ecología” no como disciplina, pero sí como un referente de la realidad, es decir, como una realidad ecosistémica. No obstante, la acepción que se ha convencionalizado y goza de mayor consenso es la de delitos ambientales o contra el ambiente. Actualmente, el Código Penal de 1991, con las modificaciones introducidas el 2008, los ha designado como “delitos ambientales”⁶³.

En lo que se refiere a la eficacia del derecho penal como instrumento para la protección del medio ambiente en nuestro país, sin duda alguna hay mucho que decir; sin embargo, lo más preocupante desde mi perspectiva radica en que siendo el tema ambiental un problema donde están en juego muchos intereses económicos, políticos y sociales, la protección indebida de estos intereses a menudo se viene traduciendo en modificaciones legislativas de los tipos penales sobre delitos ambientales, que han generado diversos problemas de tipicidad, pero sobre todo de falta de proporcionalidad de penas en comparación con la lesividad de determinadas conductas y para muestra un botón: mientras que el delito de contaminación en su modalidad culposa se reprime con una privativa de libertad no mayor a tres años (que es el delito que cometen la mayoría de representantes de empresas mineras que realizan vertimientos con superación de límites máximos permisibles), el delito de extracción ilegal de especies acuáticas tiene una pena conminada no menor de tres años ni mayor de cinco (este delito lo puede cometer, por ejemplo, una persona que es hallada en un río con un kilo de camarón en periodo de veda)⁶⁴.

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

⁶³ CALVO CHARRO, María. Sanciones medioambientales. Madrid, Marcial Pons, 2013.

⁶⁴ VERA TORREJÓN, José. El impacto ambiental negativo y su evaluación antes, durante y después del desarrollo de actividades productivas, Lima, 2014, p.p. 223-232.

a la actividad industrial, por tanto, el sujeto activo puede ser cualquiera que ejerza una actividad económica, principalmente industrial.

Queda claro, entonces, que el delito de contaminación del ambiente constituye un hecho ilícito que no se consume 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 delitos⁶⁵.

En cuanto a los casos de afectación al ambiente, los cuales no se subsumen necesariamente en el tipo penal del art. 304 y a ello hago 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 ambiental¹⁶ 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 penal⁶⁶, 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. (Artículo 64 - Ley N° 28611).

⁶⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho penal. Parte general, Lima, Grijley, 2006.

⁶⁶ INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DEL MINISTERIO PÚBLICO. Guía para los delitos ambientales en el sub sector pesquería, Lima, 2014.

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 culposo.

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”⁶⁷, 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.

2.3. La evaluación del Impacto Ambiental

El estudio de impacto ambiental consiste en un informe fundamentado es parte de la política criminal en la que tienen origen los delitos contra el medio ambiente; el Estado, en aplicación de la política criminal, utiliza la denominada ley penal en blanco y con esta se estructuran todos los delitos contra el medio ambiente. Esta ley penal en blanco, en estos caos, está conformada por todas aquellas normas administrativas que son parte del marco normativo ambiental, las mismas que contienen obligaciones, responsabilidades y compromisos de observancia obligatoria que el administrado debe asumir frente al Estado, el cual a su vez está representado por diferentes autoridades sectoriales con distintas competencias ambientales. La referida observancia obligatoria, tiene la finalidad de que las actividades que llevan a cabo los administrados no causen impactos negativos en el medio ambiente, lo que a su vez tiene como fin efectivizar el derecho fundamental a gozar de un ambiente adecuado y

⁶⁷ MÁRQUEZ BUITRAGO, Mauricio. La protección del ambiente y los límites del derecho penal, Lima, Manizales, 2007, p.p. 93-104

equilibrado, consagrado en la Constitución Política, que el Estado está en la obligación inmediata de preservar, y los ciudadanos de respetar.

Como se ha señalado, las obligaciones, responsabilidades y compromisos ambientales, contenidos necesariamente en normas administrativas, son de cumplimiento obligatorio; esto es, pasible de fiscalización y supervisión a cargo de las autoridades administrativas ambientales sectorialmente competentes, quienes como resultado de tales funciones determinarán si los administrados han cumplido o incumplido con sus obligaciones, han infringido normas ambientales, y, finalmente, como consecuencia de todo ello, si además son pasibles de sanción administrativa.

La infracción y/o inobservancia a la norma administrativa ambiental, es justamente con la que los delitos de contaminación del ambiente se complementan; es un requisito para la configuración de los mismos pues en absolutamente todos los delitos contra el medio ambiente, uno de los elementos normativos del tipo penal siempre será la infracción o inobservancia de una norma administrativa correspondiente al marco legal ambiental (ley penal en blanco).

Una de las tantas obligaciones que el Estado, a través de las autoridades estatales ambientales, impone a los administrados, por ejemplo, la presentación de un estudio de impacto ambiental el cual previamente debe ser aprobado por la autoridad administrativa competente para que se pueda llevar a cabo la ejecución de un proyecto o actividad, ello de conformidad con la Ley N.º 27446 - Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental - y su Reglamento, el D. S. N.º 019-2009-MIMAN. Dentro de este estudio de impacto ambiental o instrumento de gestión ambiental están contenidos a su vez muchos otros compromisos ambientales que están relacionados, por ejemplo a la observancia de estándares de calidad ambiental (en adelante ECA's) o límites máximos permisibles (en adelante LMP's); estos ECA's o LMP's también los encontramos en normas reglamentarias del marco normativo ambiental y están relacionadas a la observancia de determinados valores numéricos de sustancias o elementos químicos que superados en el aire, agua o suelo determinan daño en el ambiente y por tanto dicha superación podría dar lugar a una infracción de las normas que contienen estándares o límites máximos permisibles.

En el referido contexto, se pueden presentar situaciones en que una sola actividad infrinja más de una norma ambiental, por ejemplo en el caso de una empresa que

requiera la aprobación de un estudio de impacto ambiental previamente al inicio de sus actividades e inicie operaciones sin la aprobación del mencionado estudio y además de ello se determine que sus actividades están provocando la superación de LMP's, y/o de ECA's; entonces habría infracción de más de una ley y/o reglamento ambiental. Por otro lado, existen otras tantas normas comprendidas en el marco normativo ambiental que no contienen necesariamente valores numéricos como los ECA's o los LMP's, pero si contienen obligaciones y compromisos formales de observancia obligatoria para los administrados, como autorizaciones administrativas que pueden estar contenidas o no dentro de un estudio de impacto ambiental, pero que sí están dirigidas a determinadas actividades y que su inobservancia igualmente da lugar a infracciones normativas ambientales y por ende son pasibles de un procedimiento administrativo sancionador.

En la estructura, por ejemplo, del delito de contaminación del ambiente tipificado en el art. 304 del CP, encontramos como primer elemento normativo del tipo penal: "El que, infringe leyes, reglamentos o límites máximos permisibles [...]". Es precisamente esta infracción de normas —de la ley penal en blanco—, que debe ser complementada con aquellas normas administrativas ambientales que además de formar parte del marco normativo ambiental son las que determinan la gestión ambiental en el país. Pero como se ha señalado, la fiscalización o supervisión respecto a si un administrado infringe o inobserva normas ambientales no es una función jurisdiccional, es una función administrativa a cargo de las autoridades ambientales sectoriales competentes. Debe señalarse que la supervisión y fiscalización de actividades con relación al cumplimiento de obligaciones y/o compromisos ambientales, en nuestro país no se encuentra a cargo de una sola autoridad administrativa como muchas veces se piensa o imagina, otorgando al Ministerio del Ambiente o específicamente al OEFA - Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, tal exclusividad; pues no, y si bien la política ambiental en nuestro país tiene tal dirección, es decir, que se están encaminando las normas a que sea una sola la autoridad de fiscalización ambiental como lo prevé la Ley N.º 29968⁶⁸, aun así quedarían actividades que por su naturaleza formal y normativa estarían a cargo de otras entidades de fiscalización ambiental; lo importante es que en la actualidad no es así, en la actualidad existen muchas

⁶⁸ LEY DE CREACIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL PARA LAS INVERSIONES SOSTENIBLES (SENACE). [ubicado el 13.VI 2018]. Obtenido en: <http://www.minam.gob.pe/disposiciones/ley-n-29968/>

autoridades administrativas con competencia en fiscalización y supervisión ambiental y por tanto son estas autoridades administrativas las que tienen competencia para pronunciarse sobre la inobservancia o infracción de normas, obligaciones y/o compromisos de los administrados conforme a la actividad que estos lleven a cabo o pretendan realizar.

2.4. Sistema Nacional de evaluación y fiscalización ambiental

Corresponde ahora analizar ¿quién es la autoridad que debe emitir el informe fundamentado? El informe fundamentado es un requisito formal y como tal debe ser expedido por la autoridad administrativa competente; como ya se ha expuesto, la autoridad competente para emitir el informe es aquella encargada de supervisar y/o fiscalizar el cumplimiento de los compromisos ambientales de los administrados así como la observancia a las normas ambientales, pero no lo es cualquier autoridad administrativa indistintamente, sino aquella que por mandato de ley está obligada a ello. Como ya se ha señalado, el Ministerio del Ambiente a través del OEFA, contrario a lo que muchos opinan o creen, no es la única autoridad administrativa ambiental competente para la mencionada labor, depende ello de la naturaleza de la actividad supervisada o fiscalizada.

El art. 2.1 del D. S. N.º 009- 2013-MINAM, sobre la Autoridad Administrativa Ambiental responsable de la Elaboración del Informe Fundamentado, claramente indica que la autoridad administrativa ambiental encargada de emitir el informe fundamentado será la entidad de fiscalización ambiental nacional, regional o local que ejerza funciones de fiscalización ambiental, respecto de la materia objeto de investigación penal; debe quedar claro entonces que existen diversas autoridades administrativas con competencias ambientales y en diferentes niveles; nacional, regional y local. Lo que prevalece para determinar cuál de estas autoridades es competente para emitir el informe fundamentado, es la materia objeto de investigación y que esta sea por mandato legal, la que le corresponde fiscalizar a determinada autoridad; no debe confundirse esto pretendiendo que existe un mandato directo para que determinada autoridad expida el informe fundamentado, ello no opera así.

Lo cierto es que para saber quién es la autoridad competente para la expedición del Informe debe de conocerse el marco normativo ambiental y como es que funciona la gestión ambiental en el país y es por ello que el tema penal ambiental es uno

especializado, debe tenerse presente además que quien solicita el informe es el fiscal, que de acuerdo a su investigación y especialidad debe saber a quién le corresponde emitir el informe. No obstante, a efecto de verificar la conformidad de la competencia en la expedición del informe fundamentado, este en su contenido cuenta con la base legal aplicable al caso, en la cual definitivamente debe estar comprendida la norma que señala la competencia de la autoridad administrativa la cual, si es que hubiera duda, puede ser perfectamente revisada por las partes y por el propio juez para no crear discusiones a partir de puntos de vista que puedan perder objetividad, asimismo si se pretende contrariar la competencia de determinada autoridad administrativa en la expedición del informe, debería hacerse presentado la norma que exprese lo contrario. Como se viene señalando, la norma explícitamente, en todos los casos, señala las competencias de fiscalización y/o supervisión de obligaciones y compromisos cualquiera fuera la materia, lo difícil ciertamente, para quien no conoce de cerca la gestión y normativa ambiental es saber de buenas a primeras cuál de todas las autoridades administrativas existentes podría tener competencia ambiental en un determinado caso, y ello precisamente podría ser una de las utilidades del informe fundamentado.

El art. 2.1 del D. S. N.º 009- 2013-MINAM indica también que cuando exista más de una autoridad administrativa ambiental competente para determinados extremos del objeto materia de investigación, el fiscal pedirá la emisión del informe a cada una de estas, las que expedirán el documento de acuerdo a sus funciones y competencias. Como ya se había señalado, hay actividades o proyectos que en su ejecución pueden infringir varias normas administrativas del marco ambiental incumpliendo compromisos ambientales o inobservando leyes de la misma naturaleza; en muchos casos es una sola entidad administrativa la encargada de la supervisión y/o fiscalización de toda la actividad, en lo que medio ambiente respecta, pero en otras oportunidades no, dependiendo de cuál sea el elemento del medio ambiente afectado, hay funciones y competencias compartidas y aunque se trate de una misma actividad existen diferentes actos que por norma tienen fiscalización exclusiva de una determinada autoridad administrativa ambiental por tanto cuando éste sea el caso debe solicitarse los informes fundamentados que correspondan.

Continuando con lo que prescribe la norma mencionada, debe de tenerse presente que esta indica claramente que cuando el fiscal tenga duda sobre cuál es la autoridad

administrativa ambiental competente para emitir el informe fundamentado, puede solicitar orientación al OEFA. Esto debe entenderse con claridad, porque habla solo de una posibilidad, no es regla ni mandato que el fiscal deba siempre solicitar al OEFA orientación sobre cuál es la entidad administrativa competente para expedir el informe, porque ello claramente está expresado en la norma. El OEFA no va a expedir un documento donde aparezca su opinión o parecer, como muchas veces se podría creer. En el caso de que el fiscal proceda a realizar la consulta al OEFA, esta entidad debe indicar en todos los casos lo que la norma expresamente señala en cuanto a competencias y función en cuestión de supervisión y fiscalización ambiental, de lo contrario dicha entidad estaría incurriendo en responsabilidad.

Como se ha señalado ello solo es una posibilidad, no es de obligación presentar el informe del OEFA en un proceso penal, y se hace hincapié en esto porque es bastante frecuente que en pleno proceso, la defensa y muchas veces los jueces, lo requieran con exigencia obligatoria. Sin embargo, el informe fundamentado está estrechamente ligado a la teoría del caso fiscal, ya que la materia objeto de investigación penal es la que va a determinar a su vez la autoridad competente para emitir el informe fundamentado y es así que el fiscal determina dicha competencia al momento de solicitar el mencionado documento, lo cual puede ser cuestionado o revisado contrastando las normas correspondientes, las que como se viene señalando se encuentra dentro del propio informe y no solo ello sino que además tales normas van a ser parte de la imputación penal porque necesariamente conforman la ley penal en blanco, ley con la que los delitos ambientales se completan.

Finalmente, un último tema que es necesario analizar, corresponde a la naturaleza del informe fundamentado, y lo frecuente es preguntar ¿es una pericia o no es una pericia?, ¿qué tipo de medio probatorio es?, ¿cómo es que debe ofrecerse? El art. 4.3 del D. S. N.º 009-2013-MINAM señala que: “El Informe Fundamentado puede ser incorporado como prueba documental al proceso penal”. Lo indicado está prescrito por una norma de especialidad, por tanto claramente se puede señalar que el informe fundamentado puede ser un medio de prueba introducido al proceso como documento y siendo esta una opción habilitada por la norma, entonces no tendría por qué existir posibilidad de rechazo ya que es la norma especial la que así lo prescribe. Sin embargo, y pese a que la norma es clara, en muchas oportunidades, ni la judicatura

ni los abogados admiten ello y entonces se genera un debate con diversas y variadas posiciones, proposiciones y hasta imposiciones.

En primer lugar, debe señalarse que si bien el informe fundamentado es un requisito formal de obligatoria presentación en la etapa intermedia en el proceso penal, su contenido no es vinculante y esta posición se encuentra resuelta desde su aparición en la Ley General del Ambiente, tal es así que la norma claramente señala la posibilidad de ofrecerlo como medio probatorio, pero no impone tal ofrecimiento y es que por su contenido, el cual ya ha sido analizado, es un documento puramente formal y no está obligado a contener un aporte técnico, como si lo señalaba el D. S. N.º 004-2009-MINAM, norma que contenía el anterior reglamento del informe fundamentado y que ha sido derogado por el D. S. N.º 009-2013, reglamento actual del informe. La norma derogada señalaba en su art. 2 que el informe era de carácter técnico-legal y en el literal e) se señala que debía contener, “la opinión ilustrativa sobre los elementos para una valoración del supuesto daño ambiental causado, cuando corresponda”. Ello si configuraba un elemento de pronunciamiento de la autoridad administrativa digno de ilustración especial que incluso podía ser evaluado como pericia. No obstante esta norma ha sido derogada y la nueva norma únicamente obliga a la autoridad administrativa a indicar cuestiones normativas y formales sin contenido técnico. La respuesta a tal cambio obedece a que la autoridad administrativa no deseaba verse involucrada en la parte probatoria de los procesos penales.

Hasta este momento, donde ya se ha expuesto y analizado el contenido del informe fundamentado, podemos claramente establecer que formalmente no es una pericia; el significado legal de pericia señala que, es aquel medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos. El CPP en su art. 172.1, señala que: “La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada”. No obstante, la autoridad que expide el informe fundamentado no está obligada a un contenido, conocimiento u opinión técnica, como si la tenía con el anterior reglamento. No es necesario que la autoridad administrativa que expidió el informe se presente en un juicio para exponer su contenido ya que igualmente le tendría que dar lectura puesto que este es únicamente normativo y formal siendo imposible pretender que la autoridad administrativa sepa normas de memoria o más aun conozca al detalle un

instrumento de gestión ambiental o estudio de impacto ambiental existiendo innumerables administrados, pero como se ha señalado ello es una posibilidad discrecional del fiscal que es el que finalmente tiene la obligación de presentar u ofrecer el informe.

En la práctica, existen diferentes formas de presentación del informe fundamentado, y debe de tenerse presente que en algunas ocasiones y cuando el objeto materia de investigación lo amerita, el informe sí contiene aspectos técnicos y se convierte en un informe técnico fundamentado, ello generalmente sucede en procesos penales cuya materia objeto de delito son los recursos naturales, pero también aparece cuando la autoridad administrativa tiene una función fiscalizadora directa y exclusiva y por ende maneja instrumentos con los cuales se obtienen resultados de naturaleza técnica y científica, en estos casos la autoridad administrativa al momento de emitir el informe fundamentado, en la parte del contenido referido a acciones de fiscalización inserta tales resultados convirtiéndose en un informe técnico y por tanto amerita un ofrecimiento distinto al de un documento en el proceso penal. En estos casos es necesario que se presente la autoridad administrativa a exponer su informe. En otros casos el informe fundamentado es presentado por la autoridad administrativa de acuerdo a la formalidad establecida, no obstante al ser esta autoridad la de mayor conocimiento o experticia en el tema materia objeto de delito, se solicita o se emite además el informe técnico respectivo en documento separado, esta forma de presentación la viene trabajando el OEFA en cuanto de temas de minería, por ejemplo. En otras ocasiones el fiscal, conforme a su potestad investigadora y además en atención a lo prescrito en el art. 3 del D. S. N.º 009-2013-MINAM que señala: “El fiscal solicitar a las entidades del Estado, las remisión de documentos o informes que obren bajo su poder o custodia, que coadyuven a la consecución de los fines la investigación penal [...]”. Opta por prueba independiente a la de la administración ambiental competente, lo que es perfectamente válido, ya que de lo que se trata es de probar la comisión del delito y ello no es una función exclusiva del informe fundamentado.

- Supervisión en las conductas medio ambientales por parte del sistema nacional de evaluación y fiscalización ambiental

“Es el conjunto de acciones y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o

reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos”⁶⁹.

Supervisión directa

A esta supervisión directa se define como “las acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales, y verificar el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de incentivos por parte de los administrados. Comprende la disposición de medidas preventivas, mandatos de carácter particular y recomendaciones. Asimismo, la supervisión directa tiene entre sus finalidades el coadyuvar a la prevención en la gestión ambiental”⁷⁰.

Clasificación de la supervisión

Según la OEFA⁷¹, Las supervisiones que se deben realizar por las autoridades encaradas son:

Regular

Es la supervisión que se realiza de manera periódica y previamente planificada, por lo que forma parte del Plan Anual de Fiscalización Ambiental – Planefa

Especial

Es la supervisión que se realiza por una emergencia o denuncia ambiental o a pedido de otros organismos públicos, entre circunstancias que evidencien la necesidad de una supervisión. Ejemplo: Reporte de emergencia o pedido del Fiscal.

Clases de acción de supervisión

Estas acciones según la OEFA⁷² pueden ser:

IN SITU.- Acción de supervisión que se realiza fuera de las sedes de la entidad supervisora en presencia del administrado o sin ella. Mediante este tipo de acción de supervisión, el supervisor se constituye en el lugar de los hechos y toma conocimiento

⁶⁹ TORRES SÁNCHEZ, Tessy. Guía de supervisores ambientales, Presidenta del Consejo Directivo OEFA, Lima, Perú. p. 10

⁷⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD, art. 5 literal o

⁷¹ TORRES SÁNCHEZ, Óp. Cit., 80. p. 11

⁷² Ibíd. p. 12

de ellos, de modo directo. Ejemplo: Acción de supervisión en el establecimiento del administrado.

EN GABINETE.- A través de esta modalidad, el supervisor analiza la información documental relevante para evaluar si el administrado cumple o no con sus obligaciones. Esta información ha podido ser presentada por el administrado u obtenida directamente por el supervisor de distintas fuentes. En estos casos, -es decir cuando se trata de información que no ha sido enviada por el administrado- el supervisor debe trasladársela, a fin que éste tenga la oportunidad de manifestar lo que considere pertinente. Ejemplo: Análisis de la información de monitoreo.

Supervisión orientadora

Como se viene mencionando anteriormente, la supervisión es una facultad que tiene la administración sobre los administrados, con el objeto de que estos últimos puedan cumplir las obligaciones contraídas, en la mayoría de casos todo incumplimiento de obligaciones tiene consigo una sanción, pero en estos casos de supervisión del medio ambiente se cree que una mejor alternativa al incumplimiento de las obligaciones puede ser una correcta orientación a los administrados, así se evita los fines punitivos. Ha esto se le denomina una supervisión orientativa de la administración.

CAPÍTULO III

**LA UTILIDAD DE LA REPARACIÓN CIVIL IN NATURA EN EL DELITO
DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL PARA REPARAR EL DAÑO
CAUSADO**

CAPÍTULO III

LA UTILIDAD DE LA REPARACIÓN CIVIL IN NATURA EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL PARA REPARAR EL DAÑO CAUSADO

3.1 Estudio preliminar

El análisis del delito de contaminación del ambiente tipificado en el art. 304 del Código Penal en adelante CP, no es un tema novedoso, varios juristas se han ocupado del mismo. La finalidad del presente capítulo no es, entonces, dar una opinión más al respecto, sino dar un alcance desde la ocurrencia misma de los hechos, la praxis en el día a día de un despacho fiscal especializado en materia ambiental. El hecho que el ambiente sea considerado como derecho fundamental, se complementa con la obligación positiva del Estado de proveerle una protección efectiva, dinámica e integral, a través de la formulación y ejecución de la política nacional del ambiente.

La Real Academia Española⁷³, define 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”, tomando como una delito ambiental la Real Academia Española nos da a interpretar que los conocimientos interdisciplinarios de la criminología respecto de la criminalidad ambiental (criminología ambiental) deben transformarse en orientaciones o postulados político-criminales, articulados con los postulados político-ambientales (política criminal ambiental), para desprender las respectivas fórmulas dogmáticas (derecho penal ambiental), es decir debe tener un control jurídico ambiental, como parte de la pluridimensionalidad del control social ambiental⁷⁴.

Por consiguiente, el sistema penal ambiental es visto como una interrelación de estos elementos y no solo bajo una óptica meramente dogmático normativa. Bajo estos conceptos, es claro que cualquier circunstancia puede causar contaminación y

⁷³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. ¿Qué es contaminación? 2018 [ubicado el 13.VI 2010]. Obtenido en <https://enclave.rae.es/>.

⁷⁴ PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. Los delitos contra el medio ambiente, Lima, Instituto Pacífico, 2017, p. 34.

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 ambiente⁷⁵.

La noción de bien jurídico, no obstante la incertidumbre semántica que plantea, es una categoría deducible de manera general de las normas y principios constitucionales, como criterios objetivos vinculantes del legislador. En el caso del ambiente, nos encontramos ante un bien jurídico complejo, dinámico y colectivo cuya funcionalidad reside en que sirve para garantizar las condiciones naturales de existencia del hombre y las especies biológicas así como de una calidad de vida adecuada a la dignidad del ser humano.

Por otro lado, ya remitiéndonos al CP, el art. 304 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. El art. 304 ha formulado un tipo penal, de acuerdo a nuestra apreciación, muy complejos, 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 presente⁷⁶.

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 penal⁷⁷. Bajo estas premisas, y con la finalidad de proteger el bien jurídico estabilidad de los ecosistemas o equilibrio de los sistemas naturales, la

⁷⁵ BRAÑES BRUÑESEN, Raúl. La justicia penal, acceso a la Justicia Ambiental en América Latina, México, ALDA, 2013.

⁷⁶ SOLER MATUTES, Pedro. El delito ecológico. Jurisprudencia actual y comentada, Barcelona, Cedecs, 2015, p. 36.

⁷⁷ ANDALUZ WESTREICHER. Manual de Derecho Ambiental, Lima, Editorial Iustitia, 2013, pp. 19-20.

cual es considerada como bien jurídico protegido en los delitos ambientales, se adopta una concepción denominada tesis intermedia (antropocentrismo moderado), la cual entiende que el ambiente es un bien jurídico autónomo digno de tutela y se protege porque es fundamental para el desarrollo de la vida de las personas; es decir, la ratio última de su merecimiento de protección radica en la integridad de los intereses humanos⁷⁸.

Cuando de manera general y ordinaria hacemos referencia a los delitos contra el medio ambiente, nos referimos a estos como delitos ambientales, atribuyendo a su contenido cualquier afectación que tenga connotación ambiental, sea cual sea su grado. Por otro lado, hay que tener en cuenta que estamos ante un bien jurídico de carácter colectivo, donde el criterio empleado para afirmar el “merecimiento de pena” es el de “dañosidad social”. Este criterio se considera también para los bienes jurídicos individuales, lo que varía es que en los bienes jurídicos supraindividuales el efecto social de la conducta pasa a primer plano y, en segundo plano, los medios empleados que puedan ser reprochables⁷⁹.

En mi experiencia como titular de un despacho fiscal especializado, puedo señalar que las denuncias presentadas por los usuarios van desde incidencias domésticas a hechos que revisten gravedad para el medio ambiente; no obstante, el delito de contaminación del ambiente, denominado así por el art. 304 del CP, puede configurarse tanto en la ocurrencia de hechos realmente complejos como en otros que no revisten gran complejidad, hablando desde el punto de vista de la investigación penal⁸⁰, o incluso las denuncias o casos materia de investigación pueden versar sobre hechos de mucha gravedad en cuanto a daño ambiental se refiere; sin embargo, podrían no subsumirse dentro de los elementos normativos que forman parte del delito materia de análisis.

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

⁷⁸ LÓPEZ RUIZ, Astrid Carolina. Criterios de política criminal en materia ambiental: finalidad de la protección jurídico-penal de la estabilidad de los ecosistemas A propósito del derrame de petróleo ocurrido en las ciudades de Amazonas y Loreto por parte de Petroperú, Lima, p. 360.

⁷⁹ ALASTUEY DOBÓN, Carmen. El delito de contaminación ambiental, Granada, Comares, 2004

⁸⁰ PEÑA CABRERA, Alonso. El delito de contaminación ambiental: Rasgos dogmáticos y características esenciales, Lima, Actualidad Penal, 2014.

condición para la comisión del delito. Ejemplo, el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, en su art. 3.f, señala que emisión es el nivel de presión sonora existente en un determinado lugar originado por la fuente emisora de ruido ubicado en el mismo lugar, en este caso la infracción del reglamento se origina provocando o realizando emisiones sonoras que superen los estándares de ruido, emisiones y estándares contenidos en el propio reglamento⁸¹.

3.2 Bien jurídico protegido

La gran mayoría de autores refieren que el bien jurídico protegido en el delito contra medio ambiente es un bien jurídico colectivo, así lo señala MATELLANES RODRÍGUEZ⁸², señala:

“Tiene por titular no a individuos concretos sino a todo el colectivo social, en tanto que es la sociedad como colectivo la que requiere un medio ambiente adecuado para que el sistema pueda seguir funcionando adecuadamente”.

“Finalmente respecto al Principio del Non Bis In ídem, el artículo 111 del título preliminar del Nuevo Código Procesal Penal señala que nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas”⁸³. El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo; sin embargo el artículo 138 de la Ley General del Ambiente- Ley 28611 donde establece:

“Artículo 138.- De la relación con otros regímenes de responsabilidad La responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse por los mismos hechos”⁸⁴.

Esto nos quiere decir que cada vía tiene su procedimiento correspondiente y es independiente de determinar responsabilidad civil, penal y administrativa, debido a

⁸¹ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Decreto supremo 085-2003-PCM, 2003 [ubicado el 13.VI 2018]. Obtenido en [http://www.minam.gob.pe/calidadambiental/wp-content/uploads/sites/22/2014/07/D.S. - Nacionales-de-Calidad-Ambiental-para-Ruido.pdf](http://www.minam.gob.pe/calidadambiental/wp-content/uploads/sites/22/2014/07/D.S.-Nacionales-de-Calidad-Ambiental-para-Ruido.pdf).

⁸² MATELLANES RODRÍGUEZ. Medio ambiente y funcionarios públicos, ed. Bosch, Barcelona, 2000.

⁸³ TORRES PORTILLA, Rocío Del Pilar. Los Delitos Ambientales y la Actuación Procesal de los Fiscales Especializados en Materia Ambiental, 2017.

⁸⁴ Artículo 138° de la Ley General del Ambiente- Ley N° 28611

que cada una protege bienes jurídicos distintos, no existiendo vulneración a dicho principio si un mismo hecho por el mismo sujeto acarrea la vulneración a ilícitos administrativos y la configuración de delito ambiental a la vez.

También se puede realizar un análisis del derecho penal respecto del derecho administrativo y cuál es la vinculación entre estas dos ramas del derecho con relación a la protección del medio ambiente, y determinar si existe una subordinación, para ello el artículo 304 del Código Penal señala a la letra lo siguiente:

“El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles (...)”; mientras que el artículo recoge el siguiente término: “El que, sin autorización (...)”; por tales motivos, primer elemento a saber, en orden a determinar la tipicidad penal del comportamiento, es definir si el agente infringió la ley o, en su defecto, si ejecutó la conducta disvaliosa sin contar con la autorización de la autoridad competente⁸⁵.

En palabras de Schünemann⁸⁶, en el Derecho penal del medio ambiente naturalmente se aplica el principio de la accesoriedad respecto del Derecho administrativo en la medida en que se entienda por Derecho administrativo a las leyes que regulan el aprovechamiento del medio ambiente. En tanto que la aplicación de una pena debe tener como presupuesto, por mandato constitucional, una amenaza penal previa en la ley escrita, no puede amenazarse con sancionar ni de hecho sancionar aquello que el legislador ha calificado como permitido y, con ello, como no lesivo socialmente.

Para determinar si existe una responsabilidad accesoria se deberá tener en cuenta y especificar si una conducta que representa una infracción administrativa será sancionada únicamente por la vía penal (accesoriedad absoluta: genera una identidad entre el ilícito administrativo y el penal). Si, en cambio, se decide dejar algún espacio a la respuesta administrativa (accesoriedad relativa) habrá que determinar qué criterio permite establecer en qué momento es competente el Derecho penal (instante desde el que posee primacía) y, por defecto, cuándo lo será el Derecho administrativo (que pasa a tener un carácter subsidiario)⁸⁷.

⁸⁵ TIEDEMANN, K. Relación entre Derecho Penal y autorización jurídico-administrativa. En: Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental. Traducción de José Luis de la Cuesta. p. 160.

⁸⁶ SCHÜNEMANN, B. Op. cit., pp. 209-210

⁸⁷ FUENTES OSORIO, Juan Luis. Accesoriedad Administrativa Y Delito Ecológico. Área Derecho penal. Universidad de Jaén, 2012, p. 6

Para finalizar análisis sobre la protección del bien jurídico que protege el medio ambiente y los delitos contra el sistema ecológico previsto en nuestra legislación peruana, se puede mencionar que el artículo 325 CP ha tomado dirección por ser un modelo de accesoria administrativa expresa, material y de derecho, es decir la comisión de este delito será interpretado en sentido amplio donde se pueda determinar responsabilidades independientes de la acción contaminadora respecto de la infracción normativa.

3.3 Concepto Generales

Cuando de manera general y ordinaria hacemos referencia a los delitos contra el medio ambiente, nos referimos a estos como delitos ambientales, atribuyendo a su contenido cualquier afectación que tenga connotación ambiental, sea cual sea su grado. En mi experiencia como titular de un despacho fiscal especializado, puedo señalar que las denuncias presentadas por los usuarios van desde incidencias domésticas a hechos que revisten gravedad para el medio ambiente; no obstante, el delito de contaminación del ambiente, denominado así por el art. 304 del CP, puede configurarse tanto en la ocurrencia de hechos realmente complejos como en otros que no revisten gran complejidad, hablando desde el punto de vista de la investigación penal, o incluso las denuncias o casos materia de investigación pueden versar sobre hechos de mucha gravedad en cuanto a daño ambiental se refiere; sin embargo, podrían no subsumirse dentro de los elementos normativos que forman parte del delito materia de análisis.

Esta particularidad del delito de contaminación del ambiente puede generar los más variados puntos de vista en la sociedad como, por ejemplo, que no existe una real sanción penal para quien atenta o pone en riesgo el medio ambiente o tal vez que sea excesiva la intervención penal en ciertas actividades y que bastaría con una efectiva intervención administrativa. Por otro lado y en mérito al desconocimiento del marco normativo ambiental y la política ambiental adoptada en nuestro país, muchas veces no se sabe exactamente a qué autoridad recurrir para reclamar el reconocimiento o restablecimiento del derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, considerado como bien jurídico protegido de los delitos contra el medio ambiente, o más aún cómo solicitar el resarcimiento de un daño provocado como consecuencia de la vulneración del mencionado derecho.

3.4 Alcances normativos

Caro Coria⁸⁸ 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.

La Casación N.º 383-2012-La Libertad 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 autor⁸⁹.

Por otro lado, Peña Cabrera Freyre⁹⁰, 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

⁸⁸ Caro Coria, Dino Carlos, "Empresas 'Trabajando por el Perú' y el delito de contaminación ambiental", en *Derecho & Sociedad*, n.º 10, Lima: 1995, p. 222.

⁸⁹ Sala Penal Permanente (ponente: Sr. Juez Javier Villa Stein), Cas. N.º 383-2012-La Libertad, 15 de octubre del 2013, f. j. n.º 9.

⁹⁰ Peña Cabrera Freyre, Alonso R., "El delito de contaminación ambiental: Rasgos dogmáticos y características esenciales", en *Actualidad Penal*, n.º 4, Lima: octubre del 2014, pp. 35 y 36

enmarcadas en actividades que de alguna forma se desarrollan con cierta temporalidad.

Queda claro, entonces, que el delito de contaminación del ambiente constituye un hecho ilícito que no se consume 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. 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.

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.º 28611, 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.

Claro está que la infracción de la ley o reglamento que exige el tipo penal debe estar relacionada a normas ambientales, como por ejemplo la Ley de Recursos Hídricos que indica que están prohibidos los vertimientos sin autorización, así como contaminar aguas y contaminar aguas subterráneas por infiltración⁹¹. Por otro lado, la Ley General de Residuos Sólidos⁹² también hace referencia a vertimientos y descargas

⁹¹ Art. 120, incs. 8, 9 y 11 de la Ley N.º 29338, Ley de Recursos Hídricos

⁹² Congreso de la República, Ley N.º 27314: Ley General de Residuos Sólidos, Lima: 21 de julio del 2000.

contaminantes, sin necesariamente hacer referencia a parámetros como lo hacen las normas que contienen estándares de calidad ambiental o límites máximos permisibles; no obstante, al estar comprendidas dentro del marco normativo de gestión ambiental, su infracción también puede serlo como parte de la configuración del delito de contaminación del ambiente.

En cuanto a la utilización de estándares de calidad ambiental, la Ley General del Ambiente 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 mismos⁹³. Al respecto, debo mencionar que en la ciudad de Arequipa existen sentencias condenatorias por contaminación sonora que se encuentran incluso ejecutoriadas. Asimismo, debe tenerse presente que el caso materia de análisis de la Casación N.º 383-2012-La Libertad tampoco está referido a una actividad donde la infracción sea directamente a LMP, más bien el mismo hace referencia a pasivos ambientales, cancha de relave de una actividad minera que genera vertimientos de sustancias contaminantes al río Sayapullo. 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. Por otro lado, cuando se hace el monitoreo de estándares de calidad de agua del río Sayapullo, estos se encontraban superados; motivo por el cual se desarrolló doctrina jurisprudencial vinculante en cuanto al delito de contaminación ambiental, quedando establecido, bajo estos hechos, que es uno omisivo y de carácter permanente, como ya se ha señalado y analizado.

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.

⁹³ Art. 31 de la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente.

En cuanto a los casos de afectación al ambiente, los cuales no se subsumen necesariamente en el tipo penal del art. 304 y a ello hago 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 ambiental¹⁶ 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 depredatoria, 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.

Continuando con el desarrollo del presente tema, no debe dejarse de mencionar que el delito de contaminación del ambiente también comprende la modalidad culposa. Respecto a lo anterior, en el segundo párrafo del art. 304 se señala que “si el agente actuó por culpa la pena privativa de la libertad será no mayor a tres años [...]”. 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 omisivo 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 culposo. Con ello quiero hacer referencia a que muchas veces puede confundirse esta circunstancia al atribuirla de manera directa al suceso que causa la afectación al ambiente, como, por ejemplo, un accidente de tránsito que como consecuencia del mismo produzca un derrame; sin embargo, si bien esta circunstancia según los hechos podría constituir una infracción al Reglamento Nacional de Tránsito o podría dar lugar a la activación de un plan de contingencia y, según sea el caso, ser declarado como una emergencia ambiental — empezando porque se trata de un hecho súbito, solo existe dentro del mencionado reglamento una norma que al ser infringida se relaciona directamente a la configuración de los elementos normativos del tipo penal de contaminación del ambiente y ya se ha hecho mención a la misma, se trata de la superación de LMP en gases emitidos por vehículos que utilizan diésel o gasolina, en cuanto a lo demás podemos decir que no hay norma que haga referencia a descargas, vertimientos, filtraciones como consecuencia de una infracción a la norma de tránsito.

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.

3.5 La Ley Penal en blanco y la accesoriadad al Derecho penal

En nuestro país, la preocupación por reprimir penalmente las conductas lesivas al medio ambiente, no surgió de la convicción de proteger este bien jurídico fundamental, sino más fue la condicionante que impuso el gobierno de 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.

Por todas estas razones, desde nuestro punto de vista, hoy por hoy es de recibo en el Perú, lo señalado en el 2007 por Márquez Buitriago respecto a la situación del derecho penal ambiental en Colombia:

“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*⁹⁴.

La ausencia de una política ambiental responsable en los delitos ambientales así como la influencia de los intereses económicos en el Poder Legislativo ha determinado, desde mi punto de vista, dos grandes problemas a los operadores jurídicos que ejercen justicia en materia ambiental⁹⁵.

El primero de ellos consiste en que las conductas más lesivas al medio ambiente, es decir, los delitos de contaminación, tales como la contaminación ambiental, la minería ilegal, en tráfico ilegal de residuos peligrosos, entre otros, cometidos en su mayoría por personas y representantes de empresas con gran poder económico, no se encuentran debidamente tipificadas, se reprimen con bajas penas, requieren de actividad probatoria compleja y además, en la mayoría de estos casos, es posible recurrir a los mecanismos de simplificación procesal como el principio de oportunidad etc., generando hasta cierto punto un situación de impunidad ambiental⁹⁶.

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 pena más gravosas, generando una situación de desproporcionalidad de penas.

El segundo problema se refiere 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

⁹⁴ Cfr. MÁRQUEZ BUITRAGO, Mauricio. La protección del ambiente y los límites del derecho penal, Lima, Manizales, 2007, p.p. 93-104.

⁹⁵ LEY GENERAL DEL AMBIENTE. Organismo de evaluación y focalización ambiental [ubicado el 13.VI 2018]. Obtenido en <https://www.oefa.gob.pe/productos/reglamento-del-numeral-149-1-del-articulo-149-de-la-ley-28611-ley-general-del-ambiente>.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 879.

imposición de diversas sentencias por conductas escasamente lesivas al bien jurídico protegido, generando hasta cierto punto un abuso del poder penal⁹⁷.

3.6 Tipo subjetivo del injusto

La respuesta afirmativa a la pregunta de si un determinado bien jurídico debe ser protegido por el derecho penal conduce necesariamente a otra interrogante: ¿cómo debe proteger el derecho penal a tal bien jurídico? La respuesta a esta inquietud precisa tomar en cuenta lo relacionado a la estructura del delito, que representa la frontera entre lo impune y lo punible, entre el ámbito de libertad cuya disposición queda a discreción del ciudadano y el ámbito de lo que socialmente se estima como lesivo⁹⁸. Pues bien, en lo que respecta a los bienes jurídicos colectivos, la doctrina señala generalmente que la vía idónea para su protección por el Derecho penal no es otra más que la técnica de los delitos de peligro abstracto⁹⁹. En ese sentido, llama la atención la cercana y compleja relación entre la naturaleza del bien jurídico que aquí se comenta (el medio ambiente como bien jurídico colectivo) y la técnica de tipificación frecuentemente utilizada: Aunque el bien jurídico muestra un considerable carácter difuso, esta alegada situación de indeterminación no parece ser ningún obstáculo para recurrir a la técnica de los delitos de peligro abstracto. Evidentemente, aquella situación de indeterminación será innegable si es que el supuesto bien jurídico colectivo se trata en realidad de una entelequia vacía de contenido, con contornos poco precisos e imposible determinabilidad. En este caso, la protección jurídico-penal de un (supuesto) interés colectivo carente de fundamento material a través de un precepto que exprese la necesidad de constatar el grado más bajo de ofensividad (peligro abstracto) producido sobre aquel interés, resultará completamente inútil y no hará más que fortalecer las posiciones orientadas a criticar la falta de legitimidad de

⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, María. Delitos contra el medio ambiente, Valencia, 2015. p. 79.

⁹⁸ En lo que sigue no se analizará de manera específica los tipos básicos de contaminación ambiental en el Código penal del Perú (artículo 304^o). En ese sentido, los argumentos que serán planteados a continuación buscan establecer, en abstracto, algunas ideas esenciales relativas a los mecanismos (las técnicas de tipificación, que se vinculan necesariamente a los grados de ofensividad del bien jurídico colectivo, en este caso, el medio ambiente) que posee el legislador para la protección jurídico-penal del medio ambiente.

⁹⁹ Esta idea es ampliamente conocida en la doctrina penal. Al respecto, por todos, ALASTUEY DOBÓN, "La criminalización de las conductas de riesgo en el derecho penal del medio ambiente. El ejemplo del artículo 325 del Código penal español", cit., p. 456; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Ob. cit., p. 162; JORGE BARREIRO, Agustín, "El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995", cit., p. 28; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Derecho penal económico y de la empresa, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2007, p. 200

los verdaderos bienes jurídicos colectivos¹⁰⁰. Resultará fundamental, entonces, establecer el fundamento material del bien jurídico colectivo (lo cual es posible hacer, a través del análisis de las dos funciones esenciales del bien jurídico colectivo antes expuestas) para así coadyuvar a la legitimación de la tutela jurídico-penal de tales intereses colectivos y, al mismo tiempo, descartar bienes jurídicos colectivos solamente aparentes. En esa línea, y refiriéndonos ahora a la técnica de tipificación en materia medioambiental, es importante formular algunas breves ideas preliminares.

Martínez Buján Pérez que reconoce la posibilidad de recurrir a la técnica del peligro abstracto a efectos de tutelar bienes jurídicos colectivos señala que existen dos grupos de bienes jurídicos colectivos: Los bienes jurídicos colectivos divisibles en intereses individuales (en los que el bien jurídico colectivo es solamente una “abstracción conceptual” pues es una forma anticipada de defensa de bienes jurídicos individuales) y los bienes jurídicos colectivos inmateriales, institucionalizados o espiritualizados, no divisibles en intereses individuales (en los que, según el aludido autor, “el referido bien jurídico colectivo general no es susceptible de lesión ni siquiera de puesta en concreto peligro por cada conducta individual”). Así las cosas, Martínez-Buján Pérez considera que el medio ambiente se ubica en este último grupo, pues este bien jurídico, al carecer de un carácter “lesionable” (ya que no es posible verificar un “bien jurídico representante” que sea susceptible de ser lesionado¹⁰¹), solamente podría ser puesto en peligro abstracto por una conducta individual¹⁰², lo cual responde al hecho de que el menoscabo de tales bienes de carácter inmaterial se produciría,

¹⁰⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, cit., p. 183.

¹⁰¹ Proponemos recordar aquí, para aclarar el panorama, la postura de Martínez-Buján Pérez. Este autor señala que, en los delitos económicos en sentido amplio y en sentido estricto, se debe reconocer la existencia de un bien jurídico mediato que, a diferencia del bien jurídico inmediato, no se incorpora al tipo de injusto de la infracción delictiva que se trate, de manera que no se tendrá que acreditar que en el caso concreto se ha vulnerado una lesión o puesta en peligro de dicho bien. Martínez-Buján Pérez afirma que el “bien jurídico mediato” se vincula a la ratio legis o a la “finalidad objetiva de la norma” (motivos que llevan al legislador a criminalizar un determinado comportamiento), que no aparece incorporada al tipo de injusto de la infracción correspondiente y no sirve como criterio básico para llevar a cabo la función interpretativa del bien jurídico (al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Derecho penal económico y de la empresa, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2007, p. 158 y ss.). En esta investigación se sostiene que las construcciones dogmáticas que hacen referencia a “bienes jurídicos mediatos” utilizan el concepto de “bien jurídico colectivo” de manera formal, sin otorgarle ningún contenido material. Dado que en esta investigación se parte de la necesidad de contar con un concepto material de bien jurídico, rechazamos todo tipo de concepto de “bien jurídico” en sentido estrictamente formal.

¹⁰² En ese sentido MAYO CALDERÓN, Belén, “Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos”, en Revista peruana de ciencias penales, cit., p. 302

más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que infringen las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Rodríguez Montañés, que comparte la postura de Martínez-Buján Pérez, afirma sobre esta clase de delitos que en estos casos no se trata de anticipar la tutela de bienes esenciales, sino de proteger otros bienes cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica (la del peligro abstracto), que se justificaría en la medida en que el bien jurídico protegido tenga la suficiente entidad como para ser merecedor de la tutela penal; por ello –desde la perspectiva de la referida autora–, sería legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial que mediatamente se protege, pues formalmente se trata de un delito de lesión.

A partir de lo expuesto creo que resulta evidente que tanto en el primer grupo como en el segundo que es el que interesa abordar no se confiere al concepto de bien jurídico colectivo de un carácter material y autónomo; por ello, en lo que se refiere a los bienes jurídicos colectivos “inmateriales o no divisibles en intereses individuales” (segundo grupo), si es que, desde la perspectiva de los autores antes citados, el “bien jurídico” no puede ser directamente lesionado o puesto en peligro, es porque, en realidad, no se trata de un verdadero bien jurídico. Si la lesión se determina a partir de la de un “bien jurídico representante”, el concepto de bien jurídico carece de contenido material y por lo tanto es dogmáticamente inútil¹⁰³. Por otro lado, no estoy de acuerdo con la idea de que para aquellos bienes jurídicos colectivos “institucionalizados o espiritualizados, no divisibles en intereses individuales” se deba aceptar en todos los casos, como única forma de lesividad, al peligro abstracto. Así, considero que un bien jurídicos (individual o colectivo) solo puede ser puesto en peligro (concreto o abstracto) cuando, a su vez, puede ser lesionado, ya que el peligro es un concepto de referencia con relación al bien jurídico e inherente a la posibilidad de un mayor grado de ofensividad: existen estados peligrosos porque estos pueden desembocar en lesión (si esta no puede ser efectiva, mucho menos lo sería el peligro). En ese sentido, resulta erróneo estimar que lo más eficaz es la creación de delitos de peligro abstracto porque la lesión no resulta determinable¹⁰³. Siendo esto así, puede ser que el origen de la referida aseveración (que los bienes jurídicos colectivos institucionalizados solo pueden ponerse en peligro abstracto) defendida por Martínez-

¹⁰³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, cit. p. 160.

Buján Pérez y Rodríguez Montañés, a la que aquí me opongo, se deba a una confusión (proveniente de una concepción causal-naturalista) no solo entre el bien jurídico y su sustrato material, sino también entre la lesión del bien jurídico y la producción de un daño. En efecto, si el daño es entendido como “la destrucción de un objeto cuantificable”, y el principio de lesividad para no ser infringido requiere como máximo de la “lesión” del bien jurídico, resulta frecuente la equilibración conceptual entre “destrucción” y “lesión”. Esto, evidentemente, es inadecuado, pues la “lesión” del bien jurídico en el sentido de la “destrucción” del mismo se da en muy pocos delitos: en la mayoría de casos se produce una “afección” o un “menoscabo” del bien jurídico, pero no una “lesión” entendida como una completa “destrucción”.

Regresando a la antes mencionada diferenciación entre objeto de la acción, objeto del bien jurídico y bien jurídico considerada dogmáticamente útil para interpretar la protección jurídico-penal de los bienes jurídicos colectivos, debo mencionar que en los delitos en los que se protegen bienes jurídicos individuales, el objeto de la acción y el objeto del bien jurídico prácticamente se identifican¹⁰⁴. Sin embargo, en los delitos que protegen bienes jurídico colectivos sí resulta conveniente hacer la antes mencionada diferenciación (sobre todo entre objeto de la acción y objeto del bien jurídico), pues en ocasiones la acción recae sobre un objeto del mundo estructural o empírico que no se identifica necesariamente con el objeto del bien jurídico¹⁰⁵. Esto es precisamente lo que sucede con los tipos penales incardinados dentro del programa penal orientado a la defensa del medio ambiente. Como antes se dijo, si se entiende que el equilibrio de los sistemas naturales es el objeto del bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro representa lo mismo del jurídico, en este caso, el medio ambiente y el objeto de la acción es, por ejemplo, el suelo o la atmósfera, se tendrá que verificar la incidencia de la conducta en alguno de los recursos naturales específicos, esto es, en los determinados elementos concretos del mundo empírico, cuyo efecto en el mundo exterior debe ser lo suficientemente relevante como para expresar seriamente una alteración irreversible del equilibrio de los sistemas naturales.

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, en el delito de homicidio (artículo 106º del Código penal peruano), el objeto del bien jurídico es «la vida de una persona determinada» y el objeto de la acción es «el cuerpo de la persona», por ello, se afirma que, en estos casos, ambos conceptos se aluden bajo la noción única de objeto material

¹⁰⁵ MAYO CALDERÓN, Belén, “Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos”, cit., p. 361

Así, una conducta contaminante (un vertido de sustancias prohibidas, por ejemplo) sobre un recurso natural (el agua de un río), precisa, primero, de haber superado las disposiciones generales de carácter administrativo sobre la materia. Una vez que esto se verifique, para decir con seguridad que la conducta supuso la superación de un riesgo prohibido típicamente relevante, habrá que establecer que la contaminación del río es consecuencia directa de los vertidos, esto es, que la contaminación es objetivamente imputable a los vertidos contaminantes. La superación del aludido riesgo primero, bajo la forma de la superación de los límites permitidos; luego, y más importante aún, a partir de criterios axiológicos, permitirá entender que se trata de una conducta que ostenta indudablemente una mayor gravedad un plus de lesividad, en comparación a las conductas que pueden ser valoradas suficientemente por el derecho administrativo sancionador o el derecho de daños, en la medida que implica que las posibilidades de regeneración del recurso natural son menores y, por ende, ofrece certidumbre para afirmar que en el caso concreto el desequilibrio de los sistemas naturales es definitivamente rayano con la irreversibilidad (lo cual, lógicamente, supone la admisión de una reducción considerable de las posibilidades de garantizar la sostenibilidad de los recursos naturales). A partir de esto, como se dijo antes, la gravedad del menoscabo determinará si corresponde calificar al hecho como una lesión o una puesta en peligro (concreta o abstracta) del bien jurídico colectivo.

Con todo, el problema que aquí puede verificarse radica en el establecimiento de los criterios materiales (que incluyen a la valoración de la superación de los baremos administrativos establecidos, pero que suponen más que eso) que permitan establecer con exactitud el mínimo de la magnitud de la afección al medio ambiente que habrá que determinar para calificar al hecho como típico. Desde nuestro punto de vista y esto es algo que necesita aún de mucho debate doctrinal, de manera preliminar puedo decir que aquellos criterios materiales no deberían traducirse en la necesidad de verificar que la conducta peligrosa (además de superar los límites administrativos) ostente un potencial perjuicio para la vida humana, ya que, como se desprende de lo antes expuesto, el peligro para la vida o la salud de las personas no constituye una exigencia necesaria para la configuración del injusto específico del tipo que protege el medio ambiente (asumir una idea como esta supondría desconocer la autonomía e independencia del bien jurídico colectivo, que es la noción que he venido defendido a

lo largo de la exposición). Los mencionados criterios materiales, en realidad, deben apuntar a una aplicación cumulativa de los criterios del incremento del riesgo y de la realización del riesgo en el resultado (aunque esto depende, como puede preverse, de si la técnica de tipificación recurrida responde a la del delito de peligro abstracto “puro” donde la interpretación del tipo es más formal y es posible prescindir de la causalidad, o a la del delito de aptitud que exige un mayor contenido de lesividad en la conducta típica, por ejemplo).

Por otro lado, considero que la necesidad de determinar las conductas riesgosas con entidad suficiente para desencadenar una situación contaminante conduce necesariamente a un alejamiento de la interpretación de los delitos contra el medio ambiente como delitos de acumulación (cuya proliferación es, precisamente, consecuencia de la falta de establecimiento de criterios materiales para establecer los riesgos típicamente relevantes en materia de medio ambiente), esto es, como delitos que suponen que es la mera acumulación de riesgos lo que permite calificar como (potencialmente) peligrosa a una conducta¹⁰⁶. En este momento pienso que el efecto cumulativo (por el que no solamente se entiende que para afectar un bien jurídico colectivo como el medio ambiente resulta insuficiente una sola conducta y en esa medida aquella afección solo podrá realizarse mediante la reiteración generalizada de comportamientos, sino también que la única forma de protección de estos bienes jurídicos colectivos constituye la técnica del peligro abstracto) vulnera el principio de proporcionalidad: no considero posible que la verificación de una conducta mínimamente lesiva (difícilmente diferenciable, inclusive, de las conductas de bagatela) pueda ser objeto de reproche penal (con la consecuente imposición de una pena generalmente bastante severa). La idea de que aquella conducta mínimamente lesiva (que ni presenta un mínimo grado de peligro para el medio ambiente) pueda ser jurídico-penalmente relevante es contraria a la necesidad, expuesta en líneas anteriores, de establecer con claridad la peligrosidad de la conducta (su potencialidad lesiva para el equilibrio de los sistemas naturales) susceptible de represión penal más allá de la mera superación de la regulación administrativa.

¹⁰⁶ Al respecto, ampliamente, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, cit., p. 9

3.7 El Delito de contaminación ambiental en la Cas. 383 – 2012 La Libertad

La Casación, en esta oportunidad, nuestro autor nos presenta un artículo sumamente interesante; pues se enfoca con instituciones que son básicas para entender las conductas reprimidas en la norma penal, así hace mención brevemente las diferentes actividades mineras reconocidas en nuestro país, como el cateo, la exploración, la explotación, etc., y nos explica desde el ángulo del derecho minero los vertimientos habrían tenido carácter permanente; por lo que nos encontramos ante un delito permanente y la omisión del autor está referida a la falta de implementación de las medidas para la correcta eliminación de los residuos, a pesar de que conocía a la propia situación generadora del deber, como de la posibilidad de realización de la acción debida; por lo que nos encontramos en una conducta reprochable penalmente y el delito en cuestión también puede ser realizado mediante omisión.

El viernes 25 de abril de 2014, se publicó, en el Boletín de Jurisprudencia (pp. 7067-7070), del diario oficial El Peruano, la Casación 383-2012 La Libertad, emitida el 15 de octubre de 2013 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.

La secuencia procesal que motiva la emisión de la sentencia de la Corte Suprema, a nivel de las dos primeras instancias, es la siguiente:

1. El 15 de setiembre de 2010, el fiscal provincial de la Segunda Fiscalía Provincial de Prevención del delito de Trujillo y especializada en materia ambiental¹⁰⁷, dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria en contra de Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez (en su calidad de gerente general de corporación minera San Manuel SA y Minera Sayaatoc SA) y contra Carlos Guillermo Montori Alfaro (en su

¹⁰⁷ El Ministerio Público no implementa a la fecha fiscalías que en forma exclusiva se encarguen de la investigación de los delitos ambientales, teniéndose fiscalías que además de la investigación en sede ambiental, se encargan de actuaciones de prevención del delito. Este sistema, analizado desde la práctica, resulta inoperante, porque además de la duplicidad de funciones, se cuenta con sedes fiscales, con ambas funciones, con competencia geográfica de sus respectivos distritos de investigación. Este diseño no genera una adecuada investigación. Razones: (i) no se cuenta, en forma usual, con fiscales especializados en materias ambientales de los sectores de minería, hidrocarburos, electricidad, pesca, industria; (ii) cada una de estas áreas es de complejidad técnica y legal, lo que incluso debería requerir, como ocurre desde la defensa legal en los estudios de abogados, de especializaciones más focalizadas; (iii) se recarga de labores al fiscal ambiental - preventivo, porque además de las labores de prevención del delito, se asume una competencia geográfica extensa, siendo lo más adecuado contar, por distrito de investigación fiscal, con más de una fiscalía, solo de tipo ambiental, a efectos que cuenten con mejores herramientas, para las investigaciones referidas a los ilícitos, penales ambientales, en especial en los departamentos con fuerte presencia de actividades de explotación de recursos.

calidad de director gerente de compañía minera Sayapullo SA), como autores del delito de contaminación del ambiente, en la modalidad de vertimientos contaminantes al suelo, el subsuelo y a las aguas terrestres o subterráneas, en agravio del Estado, la sociedad y la población de Sayapullo¹⁰⁸, actuando en representación de esta última la Municipalidad distrito de Sayapullo.

2. Corporación Minera San Manuel SA es denunciada sobre la base que incumplió las obligaciones ambientales del Contrato de Transferencia de Derechos Mineros del 30 de diciembre de 2005 y el Contrato de Transferencia de terrenos superficiales y derechos mineros del 06 de agosto de 2006, celebrados con Compañía Minera Sayapullo SA, que incluían la implementación de un plan de remediación o mitigación ambiental.

3. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad se pronuncia sobre la apelación el 01 de junio de 2012, no solo confirmando la resolución de primera instancia, sino aclarándola en el sentido que el representante de corporación minera San Manuel SA también debe ser favorecido con la excepción deducida, basando su argumentación en que:

“El delito previsto en el primigenio artículo trescientos cuatro del Código Penal (antes de la modificatoria establecida en el artículo tercero de la Ley número veintinueve mil doscientos sesenta y tres), reprime el comportamiento atribuido al imputado, es un delito de consumación inmediata con resultados permanentes, por lo que el cómputo del plazo de prescripción corre a partir de la fecha de su comisión, esto es el treinta de diciembre de dos mil cinco, de conformidad con el artículo ochenta y dos, apartado dos del Código Penal; siendo así, ha vencido en exceso el plazo ordinario de prescripción de la acción penal”.

4. El representante del Ministerio Público, interpuso recurso de casación contra la resolución de vista, invocando como causales: i) indebida interpretación de la ley penal; ii) falta o manifiesta ilogicidad en la motivación de las resoluciones judiciales, sosteniendo que se ha apartado de la doctrina mayoritaria que establece que la

¹⁰⁸ Carlos Guillermo Montori Alfaro, en representación de Corporación Minera San Manuel SA, deduce excepción de prescripción de la acción penal iniciada en contra de su representada, sosteniendo que corresponde aplicar el artículo 304° el cual reprimía con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y habiendo adquirido su representada la concesión minera en octubre de 2005 a la fecha han transcurrido más de seis años; por lo cual el plazo prescriptorio ha vencido en exceso. El Juzgado de Paz Letrado de Gran Chimú-Cascas, con funciones de investigación preparatoria, el 16 de noviembre de 2011 declaró fundada la excepción. Esta resolución es apelada por la Fiscalía Ambiental

omisión impropia se puede configurar en cualquier tipo de delitos, siempre que se den los presupuestos que exige el artículo 13° del Código Penal y asimismo, que la palabra “indirecta”, prevista por el Código Penal español, hace referencia a la naturaleza del vertimiento, sin hacer alusión a la estructura típica del delito, por lo que no tiene ningún respaldo jurídico la posición que asume la Sala Superior para descartar la tesis incriminatoria. Además, sostiene que en la excepción de prescripción se han cuestionado la calificación jurídica realizada por el representante del Ministerio Público, desvinculándose en el extremo que imputa un delito de omisión de carácter permanente, desconociendo con ello la naturaleza misma de la imputación, lo que es grave porque el mismo órgano colegiado se pronunció de manera completamente distinta al resolver una excepción de prescripción planteada por el coimputado del recurrente. De otro lado, indica que la Sala Superior se ha apartado del precedente vinculante 1-2010, que establece la vigencia del artículo 339 del Código Procesal Penal, al establecer que la formalización de la investigación preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, dispositivo que no se ha tenido en cuenta a pesar que se invocó a efectos de que se rechace la pretensión de la defensa.

La sentencia en sede casatoria

1. El Tribunal Superior concede el recurso de casación por la causal de indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley Penal y otras normas necesarias para su aplicación y necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial; asimismo, declarando improcedente el recurso de casación por la causal de falta o manifiesta ilogicidad en la motivación de resoluciones judiciales, remitiendo el expediente a la Corte Suprema de la República. Por su parte, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema admite el recurso de casación y delibera el 15 de octubre de 2013, procediéndose a la lectura de la sentencia el 28 de octubre de 2013, que declara fundado el recurso de casación, por lo que en consecuencia:

1.1. La Corte Suprema CASA la resolución impugnada de segunda instancia, que confirmó la resolución del 16 de noviembre de 2011, que a su turno declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por corporación minera San Manuel SA, a favor de su representante legal Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez.

1.2. Actuando como instancia REVOCA la resolución de segunda instancia vista y la reforma, declarando infundada la excepción de prescripción, ordenando que prosiga el proceso.

2. Para la Sala Suprema, resulta importante la siguiente secuencia argumentativa:

– La denuncia es impuesta contra Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, como autor del delito de contaminación del ambiente, en agravio del Estado y la sociedad, porque en su condición de representante legal de corporación minera San Manuel SA, no implementó un plan de remediación sobre los pasivos ambientales Canchas de Relaves Higospampa y Vista Bella, ubicadas en las inmediaciones del Cerro San Lorenzo, distrito de Sayapullo, provincia Gran Chimú, departamento de La Libertad, que corresponden a la época de operaciones mineras de compañía minera Sayapullo SA, que vienen generando graves impactos negativos ambientales a través de los vertimientos de sustancias contaminantes del río Sayapullo, arrastradas por las lluvias que se producen en el lugar, sin que se implemente ningún plan de remediación o mitigación ambiental, a pesar que en los contratos de transferencia, de las concesiones y derechos superficiales, corporación minera San Manuel SA asumió la responsabilidad de implementar el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales, conforme a la legislación minero ambiental vigente, por lo que se tiene que la conducta omisiva imputada se ha prolongado desde el 30.12.2005 (fecha en que se adquiere la titularidad de los derechos mineros y pasivos ambientales) hasta el 07.01.2011, fecha en la cual recientemente la corporación minera San Manuel SA, ha obtenido la aprobación del Plan de Cierre de estos pasivos ambientales que se encuentra pendiente de implementar.

– La conducta imputada está prevista y sancionada por el primer párrafo del artículo 304 del Código Penal que tiene el siguiente texto:

“Artículo 304.- El que infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos o gaseosos 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 sesenta y cinco días-multa”.

- Resulta importante establecer, en un primer momento, si el tipo penal descrito, de acuerdo con la actuación del agente, genera una actuación de comisión o de omisión. En un segundo momento, se analizará la fase de consumación del delito para determinar si se trata de un delito de carácter permanente (porque la consumación se produce cuando se realizaron todos los elementos del tipo) o de consumación inmediata con efectos permanentes (los hechos se consumaron en un solo acto, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos).
- El artículo 304 del Código Penal contiene un tipo penal en blanco porque el legislador condiciona la tipicidad penal de la conducta a una desobediencia administrativa, prevista en la Ley 28271, del 16 de agosto de 2005, que regula los pasivos ambientales de la actividad minera, como indicador de una fuente generadora de peligro y/o riesgo el cual debe ser potencial, idóneo y con aptitud suficiente para poder colocar en un real estado de riesgo a los componentes ambientales, sin necesidad de advertirse un peligro concreto para la vida y la salud de las personas. Es decir, que la protección jurídica penal es el medio ambiente, los elementos biológicos que constituyen el involucro natural dentro del cual se desarrolla la vida del hombre, que parte de la consideración del derecho humano de tercera generación, reconocido en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado Peruano que establece el derecho a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”, consagrando como un valor que digno de protección y tutela por parte del sistema punitivo a través del derecho.
- En el tipo penal, se aprecian tres verbos rectores: “infringir”, “contaminar” y “verter”, siendo estos dos últimos aparentemente de carácter comisivo. “Contaminar” en la modalidad de “verter” significa derramar o vaciar líquidos los cuales pueden ser de forma inmediata o directa, sobre un curso de agua, cauce público o canal de riego, o indirectamente realizándose a través de canales de desagüe y pluviales. Sin embargo, realizando una interpretación teleológica y de la ratio Legis de la norma, dichos verbos rectores se producen con la infracción de las normas que regulan la protección ambiental, causando o pudiendo causar un perjuicio o alteración a la flora, fauna, recursos hidrobiológicos, es decir, que la responsabilidad penal en materia ambiental nacerá fundamentalmente de un incumplimiento del deber de actuación y el peligro nace de la omisión de los dispositivos o normas ambientales.

– Prosigue la Sala Penal Suprema que se configura un delito de naturaleza omisiva, acorde con la imputación contra el denunciado porque se le atribuye que en su condición de representante legal de una persona jurídica dedicada a actividades extractivas, omitió realizar una actuación debida para controlar el peligro de dicha actividad de riesgo desarrollada en el ámbito de su dominio (por la diversidad de sustancias químicas que se utilizan, que pueden producir resultados potencialmente lesivos al bien jurídico protegido), infringiendo así una ley dispositiva (dispositivos medioambientales) y una prohibitiva (no contaminar); a pesar que suscribió un contrato, involucrándose con su firma, en forma voluntaria, con el compromiso de implementar el Plan de Pasivos Ambientales, de acuerdo con la legislación medioambiental, por lo que el agente tenía el deber de vigilar una fuente de peligro determinada, constituida por los impactos negativos constituidos por los vertimientos a través de los efluentes acuíferos al río Sayapullo.

– Respecto de la fase de consumación del delito, esto es, si se trata de un delito de carácter permanente o de comisión instantánea con efectos permanentes, la Sala precisa que en el primer escenario la acción delictiva se puede prolongar en el tiempo, pues el estado de antijuridicidad no cesa y se mantiene durante un periodo cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente; a diferencia del segundo escenario, con los delitos de comisión instantánea con efectos permanentes, con un tipo penal que se consuma en un instante, pero sus consecuencias permanecen en el tiempo; en cambio, en los permanentes la mantención del resultado sigue importando consumación. Entonces, al ser una denuncia ambiental, se trata de un delito omisivo de carácter permanente porque la consumación requiere de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, generando una mínima extensión temporal de la acción, en atención a que su estado típico y antijurídico se prolonga temporalmente por la voluntad del autor, pues se le atribuye al representante legal de corporación minera San Manuel SA porque omitió la implementación del Plan de Pasivos Ambientales y la renuencia a dar cumplimiento a los dispositivos medioambientales, conducta atribuible dada la probabilidad de que el daño resulte irreparable, no siendo necesario demandar daño efectivo sino uno potencial.

– Al establecerse que se trata de un delito permanente, corresponde la aplicación del inciso 4 del artículo 82 del Código Penal el cual establece que el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo para la prescripción de la acción penal es “a partir

del día en que cesó la permanencia”, y como quiera que el procesado en su condición de representante legal de la empresa minera recién con fecha 07.01.2011, obtuvo la aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales de acuerdo al artículo 30 de la Ley N.º 28611¹⁰⁹, Ley General del Ambiente dichos planes de tratamiento de pasivos ambientales están dirigidos a remediar los impactos ambientales originados por uno o varios proyectos de inversión o actividades, pasados o presentes, por lo que la acción delictiva (omisión) se ha mantenido en el tiempo de manera permanente, cesando recién el 07.01.2011; momento a partir del cual debe computarse el plazo prescriptorio; debiendo tenerse presente lo preceptuado por el artículo 80 del Código Penal de 1991, que señala: “La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad”; por lo tanto, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es de tres años; sin embargo, al haberse formalizado la investigación –conforme se verifica de la Disposición fiscal, obrante a fojas uno–, se suspende el curso de la prescripción de la acción penal el cual no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo tal como lo establece el Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116–; por lo que, en todo caso, vence indefectiblemente a los cuatro años y seis meses, esto es, el día 07.07.2015; en consecuencia, debe revocarse la resolución impugnada, debiendo declararse infundada la excepción de prescripción de la acción penal.

3.8 El Delito de Contaminación ambiental ¿De Consumación instantánea o de efectos permanentes?

El art. 304 del CP dispone lo siguiente:

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

¹⁰⁹ LEY GENERAL DEL AMBIENTE. Organismo de evaluación y focalización ambiental [ubicado el 13.VI 2018]. Obtenido en <https://www.oefa.gob.pe/productos/reglamento-del-numeral-149-1-del-articulo-149-de-la-ley-28611-ley-general-del-ambiente>

seis años y con cien a seiscientos días-multa. Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Para estos efectos, se analizará el siguiente extracto: que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

Al respecto, resulta pertinente realizar algunas precisiones sobre el contenido de los términos alteración y daño. En el ámbito ambiental es frecuente la utilización del término impacto ambiental negativo, el cual ha sido definido como la alteración o modificación adversa del valor natural, de productividad ecológica o el aumento de los perjuicios derivados de la contaminación y los demás riesgos ambientales que discuerden con la estructura ecológica-geográfica, el carácter y la personalidad de una zona determinada¹¹⁰.

En tal sentido, para definir el merecimiento de pena en este delito se deben plantear las siguientes interrogantes: i) qué debe entenderse por perjuicio, alteración o daño; ii) cómo se aplican estos conceptos en el bien jurídico penal estabilidad de los ecosistemas; y, iii) cómo se determinará la gravedad de estas conductas, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental¹¹¹.

El término “perjuicio” debe entenderse como el funcionamiento defectuoso del ambiente o de alguno de sus componentes. La alteración hace referencia a una modificación negativa de la situación anterior del ecosistema o de alguno de sus componentes que repercute en la calidad de las prestaciones ambientales que cumplen. El daño es la supresión del funcionamiento del ecosistema en relación con el intercambio de materia y energía que permite el desarrollo de la vida de las personas o de la función específica que, en este contexto, cumple el componente biótico o abiótico contaminado¹¹².

¹¹⁰ VERA TORREJÓN, José. El impacto ambiental negativo y su evaluación antes, durante y después del desarrollo de actividades productivas, en *Derecho & Sociedad*, Lima, 2014, pp. 224-225

¹¹¹ MINISTERIO DEL AMBIENTE. “Delitos Ambientales”: [Ubicado el 14. VI 2018] Obetnido en: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4818_contaminacion_rrnn_martin_mijichi_ch_loli.pdf

¹¹² GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, Lima, Jurista, 2014, p. 877.

Conforme a ello, el perjuicio, alteración y daño se determinará sobre el criterio de funcionamiento de los ecosistemas. No obstante, este criterio debe ir de la mano con el criterio del estado anterior propuesto por Silva Sánchez, quien explica que se podrá determinar la afectación del bien jurídico cuando los sistemas naturales se encuentran en desequilibrio, el cual no debe ser entendido como la situación en que los sistemas naturales se encuentren inalterados¹¹³.

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.º 28611, 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).

La acción típica puede afectar (o ser apta para afectar) el equilibrio de un sistema natural, aunque con anterioridad a la realización del acto de contaminación dicho ecosistema hubiese sido objeto ya de intervenciones humanas que hubiesen supuesto un menoscabo para ellos. Este autor propone partir del estado del sistema natural anterior a la realización de la conducta respecto de la cual se trata de determinar su

¹¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delitos contra el medio ambiente, Valencia. Tirant lo Blanch, 2015, p. 80.

relevancia penal, es decir, para él, equilibrio equivale a estado anterior y el desequilibrio equivaldría a la alteración del estado anterior¹¹⁴.

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 determinantes¹¹⁵.

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.

El derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales libertad negativa (de no dañar el medio ambiente) como de los derechos prestacionales libertad positiva (evitar, proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan). En su faz reaccional, se traduce en la obligación de los particulares y del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. En su dimensión prestacional, impone a los particulares y al Estado tareas u obligaciones

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delitos contra el medio ambiente, Valencia. Tirant lo Blanch, 2015, p. 83.

¹¹⁵ PEÑA CABRERA, Alonso. El delito de contaminación ambiental: Rasgos dogmáticos y características esenciales, Lima, Actualidad Penal, 2014.

*destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades*¹¹⁶.

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 Ley General del Ambiente, en adelante LGA¹¹⁷ 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 Arana García ARANA GARCIA, Estalishnao, Derecho Ambiental 2ª Edición, Madrid, España, 2015, p. 879.:

“no solo un informe técnico es una calificación reglamentaria, sino que una de sus particularidades es que carece de carácter vinculante, lo que no se condice con el

¹¹⁶ Tribunal Constitucional, Expediente N.º 03343-2007-PA/TC, f. j. n.º 4, Lima: 19 de febrero del 2009

¹¹⁷ LEY GENERAL DEL AMBIENTE. Organismo de evaluación y focalización ambiental [ubicado el 13.VI 2018]. Obtenido en <https://www.oefa.gob.pe/productos/reglamento-del-numeral-149-1-del-articulo-149-de-la-ley-28611-ley-general-del-ambiente>.

tenor del tipo penal que vincula la decisión del juez a lo dispuesto reglamentariamente por la autoridad ambiental”

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 incidencia¹¹⁸.

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 competencia¹¹⁹.

Con la aplicación de estos criterios quedan totalmente excluidos los casos de bagatela desde el punto de vista, aunque de seguro estas conductas pueden ser sancionadas en sede administrativa. Así, dichos criterios de fragmentariedad permitirán al juez o el fiscal discernir entre una serie de conductas la que genera mayor lesividad, la más grave; así como le permitirá al denunciado encontrar en los mismos una base para su defensa.

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, María. Delitos contra el medio ambiente, Valencia, 2015.

¹¹⁹ ORGANIZMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. plan anual de evaluación y fiscalización ambiental [ubicado el 13.VI 2018] obtenido en https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=16863

CAPÍTULO IV

LA REPARACIÓN CIVIL IN NATURA COMO ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

CAPÍTULO IV

LA REPARACIÓN CIVIL IN NATURA EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

El perjuicio ambiental que se genera en la comisión de un delito de contaminación, presenta una concepción doctrinaria y características particulares en comparación al daño civil tradicional; por ello los conflictos sobre esta materia no podrán ser resueltos eficazmente con las normas del Código Civil¹²⁰ (arts. 1969 y 1970), por ser estas insuficientes, una mayor precisión es la establecida en las disposiciones normativas contenidas en la Ley General del Ambiente (Ley N.º 28611)¹²¹.

El delito de contaminación ambiental con presencia del daño al medio ambiente, se deben establecer de manera primordial formas de reparación in natura, ya que solamente de esta manera se lograra una efectiva reparación al medio ambiente lamentablemente en diversos pronunciamientos de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales, su fundamentación únicamente se limita a formular pretensiones de pago de sumas dineraria, olvidándose de solicitar una medida de reparación mucho más concreta¹²².

Si bien en el orden penal, la responsabilidad penal provoca una reacción puramente estatal (la pena), su presupuesto de punibilidad, esto es, la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos, significa la afectación de ese mismo bien, por lo tanto, únicamente a ella le corresponde recibir la indemnización por los daños causados¹²³. De tal modo, dentro de un proceso penal se delimita la correspondiente reparación civil por el delito cometido, especificando en que consiste en la compensación del daño ocasionado con un monto pecuniario que tiene una finalidad de restituir al estado anterior el bien afectado por la acción típica. El hecho punible que se origina no sólo tiene consecuencias de orden penal sino también civil, por lo cual, en principio, toda persona que realice una conducta típica, antijurídica y culpable, trátase de imputable

¹²⁰ HEYDEGGER, Francisco, Código Civil y Código Procesal Civil, Lima, Editorial Pacifico, 2018, p. 348-349

¹²¹ ESPINOZA CRUZ, Marisol; Acuña Peralta, Virgilio, Compilación de Normas Ambientales, Editorial NIHIBAMA, 2014

¹²² SANCHEZ LA ROSA, Vidal; Delfina María, La reparación civil ex delito en los delitos de peligro abstracto. Ed. Revista de Derecho, Lima, 2010

¹²³ Cfr. PEÑA CABRERA, Alonso. Derecho Penal. Parte General, 2da edición, Editorial Rhodas, Lima, 2007

o inimputable, debe restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del ilícito, cuando ello fuera posible, y resarcir los daños o perjuicios ocasionados al perjudicado; surgiendo de esta manera la responsabilidad civil derivado del hecho punible¹²⁴.

De lo mencionado se hace referencia que cualquier infracción penal, por justicia, le corresponde una reparación civil de acuerdo al daño ocasionado. Este aspecto, cuando se comete un delito ambiental y se procede a fijar la correspondiente reparación civil, ésta, por su tratamiento procesal, desatiende la finalidad de restauración del menoscabo producido al bien jurídico tutelado, sea el ambiente o alguno de sus componentes, dado que ésta no se destina efectivamente a regresar al bien jurídico lesionado a su estado anterior o natural anterior al daño causado¹²⁵.

Es por ello que la reparación civil in natura se propone al momento de la reparación civil en la investigación fiscal para los casos que se haya cometido un delito ambiental.

Por lo expuesto, se debe de tener en cuenta al momento de la acusación fiscal el monto de la reparación civil; no obstante, aquella no opera como una reparación in natura, lo que hace que tanto su imposición como su pago no reviertan en beneficio del entorno afectado, subsistiendo el daño aun cuando se haya producido el castigo efectivo de la conducta dañosa. Por ello, se propone revisar la aplicabilidad de la reparación civil in natura en el delito de contaminación ambiental, presentándose, además, una propuesta normativa para regular su incorporación formal como una modalidad indemnizatoria en este tipo de delitos.

El Código Penal ha contemplado la sanción de los delitos que atentan contra el medio ambiente teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es: estabilidad de los ecosistemas. La estabilidad es la capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir a las perturbaciones externas, de origen natural o humano. Por cierto, esa capacidad de resistencia no puede verse perturbada por cualquier actividad humana, sino por aquellas que al generar un gran impacto ambiental disminuyen las condiciones que permiten la estabilidad, es decir, que alteran gravemente la

¹²⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte General, 3era. Edición, Temis, Bogotá. 2015

¹²⁵ GONZALES, R., "Recomendaciones para la caracterización del daño ambiental" en Temas de Derecho Ambiental, Investigaciones Jurídicas, 2001

composición del agua, de la atmósfera o de los suelos, o disminuyen la biodiversidad¹²⁶.

La acción civil en los delitos de contaminación ambiental y como tal, al momento de solicitar su pretensión de reparación civil, debe priorizar el pedido de reparación in natura, atendiendo a la naturaleza de los hechos, solicitando medidas de prevención, mitigación, monitoreo y reparación del elemento del medio ambiente que haya sido afectado y no solo debe efectuar el pedido de pago de una suma dineraria¹²⁷.

El art. 147 de la Ley General del Ambiente¹²⁸, impone al juez la obligación de que al momento de fijar la reparación civil por daño ambiental debe prever, además, la realización de tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados; por tanto, en aquellos casos en que la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales no formule dicha pretensión al momento de constituirse en actor civil, tanto el juzgado como el Ministerio Público.

La antijuridicidad de la conducta exigida como uno de los elementos para configuración del tipo penal de delito de contaminación ambiental, es decir la ausencia de causas de justificación, con la antijuridicidad de la conducta establecida como elemento de la reparación civil económica. Conforme a lo prevé en el art. 304 del Código Penal, incurre en delito de contaminación ambiental: “El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas [...]”. De lo señalado anteriormente, podemos mencionar que la antijuridicidad de la conducta delictiva contaminante sucede que dicha conducta previamente se encuentra prohibida expresamente o tácitamente en una ley o un reglamento o también se realiza con superación a los límites máximos permisibles. Esto significa que solo hay responsabilidad cuando el sujeto causante del daño actuó abiertamente en contra de las normas ya establecidas¹²⁹.

La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales

¹²⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel y CARO CORIA, Dino Carlos. Estudios de Derecho Penal. Lima: Palestra, 2010. p. 125

¹²⁷ VIDAL RAMOS, R, La Responsabilidad Civil por daño ambiental en el Sistema Peruano”, para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2013

¹²⁸ MINISTERIO DEL AMBIENTE. “Ley General del Ambiente N° 28611”, Lima, Editorial el Peruano, 2005

¹²⁹ Cfr. JURISTA EDITORES. “Código penal”, Lima, Editorial Jurista Editores E.I.R.L., 2018

respecto del ambiente y los recursos naturales¹³⁰. El beneficio de la investigación servirá para que cada integrante de nuestra sociedad antes de ocasionar un perjuicio a nuestro medio ambiente tenga presente el gran costo que le causara por dicha afectación y a si mismo los juristas puedan interpretar mejor la normativa vigente y aplicar la figura jurídica de la reparación civil in natura en la legislación nacional en los caso de ilícitos ambientales, para efectos de protección nacional del medio ambiente. ciertos obstáculos sino tener un control positivo que ayude a mejorar a crear un estado en como existían las cosas al momento en que se ejecutó el daño”¹³¹.

Por lo que en síntesis se puede entender que para los diversos efectos, tendremos en cuenta que la reparación in natura se da a partir de una dinámica sujeta el patrimonio pues su finalidad es la restauración ayudando al damnificado a que tome en cuenta el caso particular y termina por realizar una simple sustitución de manera estática sujeta a diversos activos, esta apreciación se sujeta en función a lo que menciona los autores antes citados.

Consecutivamente otro fundamento está en que la reparación ayuda a colocar al damnificado en una situación en que toma en cuenta el hecho dañoso, en donde deberá compensar los perjuicios que se han ocasionado. Para que esto pueda acceder a realizarle se debe tomar en cuenta algunos expedienten que se utilizan en la doctrina alemana que te ayuden a distinguir entre lo material y una restitución económica para luego posteriormente se pueda apreciar a reconocer la limitación que existe en la reparación in natura¹³²,

Por lo que se puede analizar que para que se pueda accionar de una manera más completa puede generarse una indemnización frente al perjuicio que nazca de aquel daño ambiental además de buscar la necesidad y tranquilidad de los seres humanos sin generar más perjuicio pues la necesidad de indemnización tan solo es un lucro cesante que deriva de la imposibilidad de no utiliza un bien en después que ha sido restitución en el largo del tiempo.

Siguiendo el orden en que se sujetó la reparación in natura está el fundamento de que el tratamiento es un adecuado evento que se menciona mucho en la jurisprudencia

¹³⁰ ALPA, GUIDO. “Responsabilidad civil y daño”, Ara editores, Lima, 2012

¹³¹ JARAMILLO, Javier. La responsabilidad cl, Editorial Temis, pág. 260

¹³² VERA TORREJÓN, José; PAOLA CAICEDO, Safra. El impacto ambiental negativo y su evaluación antes, durante y después del desarrollo de actividades productivas, Lima, Derecho & Sociedad, 2014

comparada del derecho Alemán en donde se toma como ejemplo la reparación in natura de la materia dándole una distinción entre la restauración material de reparación in natura con una restauración puramente material en exclusividad del damnificado teniendo en cuenta una restauración económica, lo cual no se debe confundir con una plena inmersión de dinero ya que esto solo consiste en llegar a una indemnidad económica del hecho ilícito contemplando la reparación, pues lo que buscamos no es solo pagar un simple daño sino también las consecuencias posteriores que se generen por lo causado. Ante esto surgiendo se puede decir que la restauración no solo toma el daño material sino también cumple con una finalidad de acuerdo a la doctrina alemana que es que la reparación llegue a garantizar cumplir con el perjuicio ocasionado que pueda ayudar a ocupar un acontecimiento dañoso”¹³³.

Teniendo como base todo lo mencionado y en análisis propio se puede llegar a aceptar que en una reparación in natura busca la restauración material en base a la situación de la víctima del daño pues es insuficiente que ella pueda acudir a una rehabilitación económica de la que sufre por tal motivo esto llega a implicar la doctrina de acuerdo a lo que se va a indemnizar en dinero. Resulta de una manera interesante que existe una distinción entre una simple restauración material de la situación que solo se va a basar en el daño que se ocasionó, a otro que puede cubrir los efectos del daño cubriendo todo hasta efectos futuros que este daño ocasione generando una reparación teniendo en cuenta la parte doctrinaria, esto se podría conceder a través de reparar por una indemnización de perjuicios adicional en donde se busque la integridad de todos después a una restauración económica como bien lo expresa el autor Fischer. De esta manera se puede llegar a determinar que la fundamentación teórica está en relación a la reparación de víctima pues lo que se busca es el interés que tiene ella en las cosas deterioradas y que solo las representan materialmente u objetivamente.

Otro fundamento lógico es la admisibilidad de mecánicas para poder lograr la reposición de un bien perdido llegando a deshacer una acción indebidamente, se tendrá en cuenta que cuando se va a deshacer una acción de manera indebida esta va a generar que se pueda afectar la honra de la persona, etc. Analizamos que a partir de las diversas formas particulares se puede llegar a determinar que la reparación in

¹³³ VELÁSQUEZ MORENO, L. Los nuevos daños, 2da Ed, renovada y ampliada, Buenos Aires, 2000, p.321.

natura es una restitución de las cosas o bienes que particularmente ya se han tomados como perdidos y que se encuentran en poder de los terceros. Esto quiere decir que no solo entenderíamos a la reparación en términos generales sino más bien tomaríamos la restitución como un ente unas formas más factibles de poder generar una reparación in natura¹³⁴.

Para poder determinar y llegar a un logro de la reparación del daño se tendrá en cuenta que primero se debe remover la causa de lo que ha generado el daño para que luego se tome en cuenta las diversas actividades necesarias que tiene el sujeto para interponer la reparación frente al sujeto afectado con el hecho dañoso y con la finalidad que quede en una misma situación a al que se encontrad el hecho sin haber construido el daño. De igual menta puede generar a que proceda una reparación in natura frente a lo que se debe reconocer el mismo juez para poder dar órdenes de acuerdo a la reparación ya que en muchas ocasiones se tiene que cumplir para que no pueda aumentar el hecho interponiendo una destrucción de las obras realizadas con el fin de ordenar una mejor determinada actividad lesiva¹³⁵.

Tomando en cuenta lo mencionado por juristas antes mencionados, la reparación in natura es una de las ventajas que se le puede dar a la reparación in natura es que el damnificado no logre sufrir los efectos de a depreciación de la moneda pues el autor expresa que el daño se va adquirí con los recursos de los bienes o los elemento que se necesiten para poder efectuar la reparación llegando a corregir lo que se tiene por entendido como el riesgo además de poder generar una pérdida de la adquisición de la moneda.

Estando identificados en el planteamiento se puede llegar a decir que la reparación equivalentemente puede que se encuentre afecta por los efectos que genere la depreciación de la moneda como bien lo expresamos anteriormente la obligación que se tiene de reparar el daño causado es particularmente para que se atienda el pago en dinero además de ser considera como una obligación de valor en lo cual el mismo acceder trate de reparar equitativamente y protección la fluctuaciones monetarias¹³⁶.

¹³⁴ ZABARBURU, Sharon. El derecho de acceso a la información ambiental, Lima, Derecho de acceso, 2015.

¹³⁵ SOLANO, Pedro. Legislación y conceptos aplicables a las áreas naturales protegidas en el Perú, Lima, Derecho PUCP, 2013.

¹³⁶ OSTERLING PARODI, F y REBAZA GONZALES A. Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad. Recuperado de <bit.ly/2uPn5KD>.

El fundamento se centra en la posibilidad de interponer una reparación in natura que ayuda a conducir a una víctima en una situación más favorable en la que se tendrá en cuenta si el hecho no hubiera ocurrido, por ello se presentará aquellos eventos en los que sea de manera necesaria poder reemplazar el bien usado con un cierto deterioro por cosa nueva y sin tener ningún uso. Se puede analizar la pregunta que si en estos casos se debe dar una reparación in natura y en qué caso afirma y en qué términos, para nuestra opinión tenemos que expresar que los principios generales se deben de dar debido a la protección en que proceda la reparación in natura en donde se puede llegar afirmar que en los términos expresados se puede generar mayor razón para poder buscar la repara ración de un valor que tenga como objeto nuevo la pérdida de lo que se destruyó, para así también poder a un futuro evitar un enriquecimiento por parte de la víctima¹³⁷.

Como una tradición se le puede considerar al daño como al perjuicio que tiene contenido diverso pues se dice que daño y perjuicio son conceptos diversos además que ambos tiene orígenes diversos. En algunas legislaciones extranjeras como en México su Código Civil expresa la diferencia que existe entre daño y perjuicio y al parecer también Argentina en su Código Civil en donde dan a conocer que el daño puede ser emergente y el perjuicio puede actuar como un lucro cesante.

También se encuentra como fundamento la posibilidad que pueden llegar a existir diversos criterios que planteen diversas diferencia entre el daño y el perjuicio, el cual considera al primera como un menoscaba de un interés cualquiera mientras que el segundo lo relación con la lesión de los interés particulares que se encuentran debidamente protegidos, pues se dice que es derecho en protegido por normas debidamente positivas¹³⁸. De acuerdo a nuestra legislación poder llegar a percibir que tradicionalmente hace referencia que el daño y perjuicio tienen significaciones diferentes en donde se puede expresar en los artículos 1317, 1321, 1331, 1512, etc., del Código Civil, con respecto al artículo 93 del Código Penal y el artículo 98 del Código Procesal Penal se puede llegar a decir de en materia penal se da repetición de terminología, sin embargo no hay criterio que ayude a establecer las diferencias que se dan en ambos artículos o que determine el concepto de ambos, por lo contrario

¹³⁷ CALVO CHARRO, María. Sanciones medioambientales. Madrid, Marcial Pons, 2013.

¹³⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio. Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

se puede llegar a expresar que daños y perjuicios se llegan a referir a una misma idea, concepto o juicios, en donde también se puede llegar a tomar en cuenta a la legislación Mexicana con respecto a su Código Civil en donde expresa que el daño lo considera como un daño emergente mientras que el perjuicio como un lucro cesante, pues en el código actual Civil el lucro cesante actúa como un componente al daño en general, el mismo que se tiene de tener en cuenta que al llegar a determinar el pago del resarcimiento o de la indemnización este puede generar conceptualizar al lucro cesante como si fuera una categoría específica a la cual no se puede llegar aplicar como un concepto de perjuicio. De esta manera se estaría analizando de los criterios dados por la doctrinas y las legislaciones modernas consideran tanto al daño como al perjuicio como sinónimos.

Y finalmente está el fundamento del daño la cuál es la determinación de la entidad es decir que la misma naturaleza busque el daño como su fuera una magnitud, monto o quantum. De esta manera se puede llegar a determinar la proporción o cantidad de daño en que se puede referir al agente de la calidad de prestación resarcitoria y al proporción del daño asumiendo de que el propio sujeto pasivo o un tercero interviniente busque la realidad fáctica o procesal del daño. Con respecto a la determinación se puede decir que el monto del daño se refiera a cual es de importante llegar a determinar la causas del agente, porque de nada se da que puede llegar a servir una obligación de la prestación resarcitoria, sino que también llegue a determinación las medidas que genere dicha prestación¹³⁹.

En consecuencia se puede llegar a determinar según el análisis realizado que hay que precisar los límites cuantitativos dentro de los cuales el daño asuma un sentido jurídico en donde el contenido material del daño llegue a generar un íntegro momento de lo que está compuesto, además el concepto del daño no identifica con un concepto natural del mismo, sino que se exige la equidad entre el orden público y una convivencia pacífica del propio ordenamiento jurídico establecen límites que ayuden a la mesura del daño jurídicamente relevante¹⁴⁰. Llegamos a la conclusión de que una reparación civil no es el instrumento jurídico para reparar un daño que es ocasionado al medio ambiente.

¹³⁹ VERA TORREJÓN, J. El impacto ambiental negativo y su evaluación antes, durante y después del desarrollo de actividades productivas, en *Derecho & Sociedad*, Lima, 2014.

¹⁴⁰ SPDA- Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Acciones que han intentado debilitar al sector ambiental de nuestro país, Lima, *Actualidad Ambiental*, 2014.

CONCLUSIONES

- 1) La presente investigación llega a delimitar que la forma más perfecta de reparar el daño ambiental se denomina “reparación in natura” y consiste básicamente en la restitución del bien dañado al estado en que se encontraba antes de sufrir el daño; también se le denomina restitutio in pristinum. En materia ambiental, la reparación in natura tiene por finalidad restablecer, tan exacto como sea posible, el equilibrio o situación ambiental destruida por el delito cometido, para lograr esta tarea se puede establecer un conjunto de pretensiones de acuerdo al caso concreto, que pueden consistir, en la labores de prevención (prohibición de la continuación de la actividad contaminante), labores de mitigación, (uso de dispersantes autorizados o de elementos absorbentes de la sustancia contaminadora), labores de monitoreo permanente (para evaluar y prevenir la afectación al medio ambiente), etc.

- 2) Se puede afirmar que la formulación de una pretensión de reparación in natura, para cada caso en concreto va a requerir necesariamente de una opinión técnica de los especialistas en determinada materia ambiental, así mismo resulta evidente que este tipo de reparación es mucho más compleja y costosa que plantear el simple pago de una suma dineraria; sin embargo, si queremos ser coherentes con la defensa del medio ambiente debemos exigir que los operadores jurídicos de la justicia ambiental, en este caso la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales, las Fiscalías Especializadas en delitos Ambientales, y los Juzgados Especializados en Delitos Ambientales le brinden la importancia que merece a la forma correcta de plantear y fijar la reparación civil en los casos de delitos de contaminación ambiental.

- 3) Se puede analizar que el hecho de que los recursos recaudados como reparación civil por delitos de contaminación son depositados a una cuenta a nombre del gobierno central, que de ninguna manera se utilizan directamente en la localidad donde se ha producido la contaminación, teniendo en cuenta que el art. 147 de la Ley General del Ambiente, impone al juez la obligación de que al momento de fijar

la reparación civil por daño ambiental debe prever, además, la realización de tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados; por tanto, en aquellos casos en que la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales no formule dicha pretensión al momento de constituirse en actor civil, tanto el juzgado como el Ministerio Público, deberán advertir el cumplimiento del art. 147 antes referido.

RECOMENDACIONES

- 1) Se recomienda que la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales es la titular de la acción civil en los delitos de contaminación ambiental y como tal, al momento de solicitar su pretensión de reparación civil, debe priorizar el pedido de reparación in natura, atendiendo a la naturaleza de los hechos, solicitando medidas de prevención, mitigación, monitoreo y reparación del elemento del medio ambiente que haya sido afectado y no solo debe efectuar el pedido de pago de una suma dineraria.

- 2) Se recomienda que cuando se trate de un delito de contaminación ambiental con presencia de daño al medio ambiente, se deben establecer de manera primordial formas de reparación in natura, ya que solamente de esta manera se lograra una efectiva reparación la medio ambiente, lamentablemente en diversos pronunciamientos de la Procuraduría Publica Especializada en Delitos Ambientales, a los que hemos tenido acceso, observamos que sin mayor fundamentación únicamente se limita a formular pretensiones de pago de sumas dineraria, olvidándose de solicitar una medida de reparación mucho más concreta destinada a reparar el daño ambiental ocasionado en determinada localidad.

- 3) Se recomienda que el informe fundamentado sea aquel documento convertido en requisito formal para el proceso penal en cuanto a delitos contra el medio ambiente, cuya finalidad es la recopilación de toda esa normatividad administrativa ambiental que contiene políticas de gestión ambiental, compromisos y obligaciones de observancia obligatoria para los administrados y que a su vez conforma la ley penal en blanco la cual es parte del todos los delitos contra el medio ambiente. Su utilidad no está dirigida a determinar o no la comisión de un delito, pues la autoridad administrativa no tiene tal potestad asimismo su contenido, tal como se ha señalado, si bien es perfectamente sustituible dentro de la investigación y proceso penal con normas y actos administrativos; sin embargo, su utilidad es la de disgregar y especificar toda esa

normatividad ambiental exclusiva, respecto a la materia objeto de delito, para determinado o determinados administrados. Es importante que en el proceso penal se sepa con claridad cuál es la ley penal en blanco infringida para así poder determinar si el hecho tipificado como delito, en mérito de tal ley especial, es o no punible.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídico, Lima: Idemsa, 2007.
- ALASTUEY DOBÓN, Carmen. El delito de contaminación ambiental, Granada, Comares, 2004
- ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. Manual de Derecho Ambiental, Lima, Editorial Iustitia, 2013
- ARANA GARCIA, Estalísnao, Derecho Ambiental 2ª Edición, Madrid, España, 2015.
- AZERRAD, Cecilia. Avances y retos del derecho ambiental, Lima, Derecho PUCP, 2013.
- BRAÑES BRUÑESEN, Raúl. La justicia penal, acceso a la Justicia Ambiental en América Latina, México, ALDA, 2013.
- BUNYAN, Bryant. Environmental Justice. Issues, Policies, and Solutions, Washington, Island Press, 2009
- CALVO CHARRO, María. Sanciones medioambientales. Madrid, Marcial Pons, 2013.
- CARO CORIA, Dino Carlos. El derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación, Lima, Grafica Horizonte, 2006.
- CARO CORIA, Dino Carlos. Empresas 'Trabajando por el Perú' y el delito de contaminación ambiental, Lima, Derecho & Sociedad, 2015
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley N.º 27446: Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, Lima, 2001
- DE ANGÉL, YAGUEZ, Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Madrid, Cuadernos Civistas, 2015.
- DIEZ PICAZO; PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de daños, Madrid, Civitas Ediciones, 2010.

- DIRECCIÓN GENERAL DEL MEDIO AMBIENTE DE LA COMISION EUROPEA. El libro blanco sobre la responsabilidad ambiental, Lima, 2003
- FOY, Pierre. Consideraciones sobre la Justicia Ambiental en el Sistema Jurídico Peruano, Lima, ARA, 2008
- GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial, Lima, Pacífico Editores, 2015.
- GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte general, Lima, Jurista, 2014
- GARCÍA, Josep María y SOLER MATUTES, Pedro. El delito ecológico. Jurisprudencia actual y comentada, Barcelona, Editorial Cedecs, 2000.
- GÓMEZ APAC, Hugo. El deber jurídico de la restauración ambiental, en AA.VV, Lima, Organismo de Evaluación y Fiscalización ambiental, 2013.
- GONZÁLEZ BALLAR, Rafael. Recomendaciones para la caracterización del daño ambiental, en Temas de Derecho Ambiental, San José, Investigaciones Jurídicas, 2001.
- GUIDO ALPA, Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones. Lima: Gaceta Jurídica.
- INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DEL MINISTERIO PÚBLICO. Guía para los delitos ambientales en el sub sector pesquería, Lima, 2014.
- JARAMILLO, Javier. La responsabilidad civil, Editorial Temis.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 2002.
- MÁRQUEZ BUITRAGO, Mauricio. La protección del ambiente y los límites del derecho penal, Lima, Manizales, 2007.
- MESINERO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial, Buenos Aires, Jurídicas Europa América, 2012.
- MISPIRETA GALVEZ, Carlos, Alberto. Apuntes sobre la jurisprudencia en caso de responsabilidad de la persona jurídica, Lima, Dialogo de la Jurisprudencia, 2001.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Santa Fe de Bogota, 2006.

- MORELLO ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2004.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. México, Latinoamérica de Derecho, 2004.
- MORELLANA BAUTISTA, Luz. Derecho de acceso a la información pública ambiental, en el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental, Lima, OEFA, 2013
- OSTERLING PARODI, Felipe; Rebaza Gonzales, Alfonso. Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad. Lima, 2015.
- PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. Los delitos contra el medio ambiente, Lima, Instituto Pacífico, 2017
- PEÑA CABRERA, Alonso. El delito de contaminación ambiental: Rasgos dogmáticos y características esenciales, Lima, Actualidad Penal, 2014
- PEÑA CABRERA, Alonso. Los delitos ambientales, en Justicia & Democracia. Revista de la Academia de la Magistratura, N.º 11, Lima, 2013.
- PIUG BRUTAU, José. Fundamentos del derecho civil. España, 2003.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales, en Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental, n.º 11, Sevilla: diciembre del 2004. Recuperado de <bit.ly/2iVJWhV>.
- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, Tratado de responsabilidad civil, Navarra, Elcano, 2002.
- REYNA, Luis. La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites, Lima, Unifr, 2015.
- ROCA TRÍAS, Encarna. Derecho de daños, textos y materiales, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.
- RUIZ PIRACÉS, Roberto. Monitorización de daños ambientales: una visión desde el derecho ambiental. México, 2001
- SANTANA VEGA, Dulce María. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Madrid, Dykinson, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delitos contra el medio ambiente, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

SOLER MATUTES, Pedro. El delito ecológico. Jurisprudencia actual y comentada, Barcelona, Cedecs, 2015

SPDA- Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Acciones que han intentado debilitar al sector ambiental de nuestro país, Lima, Actualidad Ambiental, 2014.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, Bogotá, Temis, 2009.

VELÁSQUEZ MORENO, L. Los nuevos daños, 2da Ed, renovada y ampliada, Buenos Aires, 2000.

VERA TORREJÓN, J. El impacto ambiental negativo y su evaluación antes, durante y después del desarrollo de actividades productivas, en Derecho & Sociedad, Lima, 2014.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho penal. Parte general, Lima, Grijley, 2006

WIELAND FERNANDINI, Patrick. Introducción al derecho ambiental, Lima, Fondo editorial, 2017.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Madrid, Dykinson, 2001.

ZABARBURU, Sharon. El derecho de acceso a la información ambiental, Lima, Derecho de acceso, 2015.

ZANNONI, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, Astrea, 2012.

ARTÍCULO REVISTA

FISHCER HANS, ALEX. Los daños civiles y su reparación, Madrid, Revista de derecho privado, 2011.

VIDAL DE LA ROSA SÁNCHEZ, María Delifna. La reparación civil ex delicto en los delitos de peligro abstracto. Ágora, Revista de Derecho, 2015.

TESIS

VARGAS GALLEGOS, Susana Julieta. Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. Lima, Universidad Católica del Perú, 2017.

LEYES

LEY N°28611. Ley general del Ambiente, Lima, Ministerio de Gestión Ambiental, 2005

RECURSOS ELECTRÓNICOS

CONGRESO DE LA REPUBLICA. Decreto supremo 085-2003-PCM, 2003 [ubicado el 13.VI 2018]. Obtenido en <http://www.minam.gob.pe/calidadambiental/wp-content/uploads/sites/22/2014/07/D.S.-Nacionales-de-Calidad-Ambiental-para-Ruido.pdf>.

CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley de Recursos Hídricos Ley N° 29338, [ubicado el 13.VI 2018]. Obtenido en: <http://www.ana.gob.pe/media/316755/leyrh.pdf>

GLOBAL FOOTPRIN NETWORK. El planeta tierra [ubicado el 13.VI 2018] obtenido en <https://www.footprintnetwork.org/resources/publications>

LEY GENERAL DEL AMBIENTE. Organismo de evaluación y focalización ambiental [ubicado el 13.VI 2018]. Obtenido en <https://www.oefa.gob.pe/productos/reglamento-del-numeral-149-1-del-articulo-149-de-la-ley-28611-ley-general-del-ambiente>

LÓPEZ RUIZ, Astrid Carolina. Criterios de política criminal en materia ambiental: finalidad de la protección jurídico-penal de la estabilidad de los ecosistemas A propósito del derrame de petróleo ocurrido en las ciudades de Amazonas y Loreto por parte de Petroperú, Lima

MINISTERIO DEL AMBIENTE." Delitos Ambientales": [Ubicado el 14. VI 2018]
Obetnido en:
http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4818_contaminacion_rrnn_martin_mijichich_loli.pdf

MINISTERIO DEL AMBIENTE. Decreto supremo 009-2009 [ubicado el 13. VI 2018]
obtenido en <http://www.minam.gob.pe/disposiciones/decreto-supremo-n-009-2009-minam>

ORGANIZMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. plan anual de evaluación y fiscalización ambiental [ubicado el 13.VI 2018] obtenido en https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=16863

OSTERLING PARODI, F y REBAZA GONZALES A. Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad. Recuperado de <bit.ly/2uPn5KD>.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales 2004 [ubicado el 20. XI 2018]. Obtenido en <bit.ly/2iVJWhV>.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. ¿Qué es contaminación? 2018 [ubicado el 13.VI 2010]. Obtenido en <https://enclave.rae.es/>.