

EMPRESAS "TRABAJANDO POR EL PERU" Y EL DELITO DE CONTAMINACION AMBIENTAL

POR DINO CARLOS CARO CORIA

Luego de cinco años de vigencia en nuestro medio de normas penales específicas de tutela ambiental, estas breves páginas pretenden evaluar los principales fundamentos de dicha normativa, con especial atención al delito de contaminación tipificado en el artículo 304º del Código Penal.

I. DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL USO DE LA PENA

El drama de la disminución de los valores ambientales hoy en día ya no es sólo denunciado por los sectores marginales de la sociedad, sino por la colectividad en general. Los costos que el deterioro ambiental inflige a los seres humanos, puede dejarse sentir tanto en lo inmediato como en algún momento en el futuro, manifestándose principalmente como pérdidas de salud, de productividad y valores de esparcimiento.⁽¹⁾

Sin embargo, en países como el nuestro en donde el control ambiental es aún precario, tales costos no son asumidos por quienes lo generan. En el caso de los sectores industriales, por ejemplo, la contabilidad de las empresas no incorporan como débito el valor de los daños inmediatos y el de los posibles daños futuros (diferidos) al ambiente, produciéndose el fenómeno económico de la externalización de los costos, es decir una curiosa situación en la cual la sociedad en general termina asumiendo el precio de una actividad dañina para todos pero beneficiosa sólo para quien la realiza. En consecuencia, la falta de mecanismos o incentivos que obliguen a asumir (internalizar) dichos costos, favorece que en nuestro medio muchas empresas continúen degradando el ambiente, haciendo uso de él como si fuera —no lo es— un recurso inacabable y generando un alto costo social que finalmente no forma parte de las cuentas nacionales del Estado, omisión que crea la falsa ilusión de que los indicadores macroeconómicos han crecido favorablemente y de que en efecto existen empresas «trabajando por el Perú», cuando la realidad muestra que varias de ellas realizan actividades ineficientes debido a que los beneficios producidos son bastante menores que el costo ambiental.

Esta grave situación revela definitivamente que la protección del ambiente no recae sobre compo-

siciones líricas o romanticistas sino sobre intereses concretos relacionados en buena cuenta con el desarrollo de los países, involucrando a las generaciones actuales y futuras. En este marco, la vieja discusión entre ecologistas radicales o desarrollistas industrializados de extremo, viene cediendo más bien a una propuesta intermedia que pretende compatibilizar ambos postulados. Nos referimos al concepto de desarrollo sostenible, el cual implica la planificación del desarrollo con una visión duradera de modo que se garantice la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y venideras. Dentro de este esquema, el desarrollo industrial no puede ser indiscriminado en la agresión del ambiente, sino moderado, proponiéndose el uso racional de los recursos ambientales tales como el agua, el aire, el suelo, la flora y la fauna.

Sin embargo, incluso este concepto intermedio no ha dejado de generar fricciones por parte de los sectores industrializados de la sociedad, pues llevar a cabo dicha propuesta implica en muchos casos la transformación de los medios de producción a fin de multiplicar el uso de lo que se denomina «tecnología limpia». Y, este cambio radical de los hábitos anti-ambientales, se traduce en grandes costos para las empresas.

Empero, si bien a estos sectores, por el manejo de grandes fuentes de peligro, les corresponde un rol protagónico en la tarea de proteger el ambiente, sería un despropósito descargar toda la responsabilidad sobre ellos, pues dicha labor involucra a la sociedad en general y desde luego al Estado. El rol del Estado en la tutela del ambiente es fundamental, dado que sus decisiones pueden manejarse a nivel macro, con un efecto más vasto que el de cualquier intento aislado de los sectores privados. Conforme a la evolución del derecho ambiental, el Estado tiene la función de planificar el desarrollo ambiental, instrumentando una política y una gestión acorde con el desarrollo sostenible. De allí que la Carta Constitucional de 1993 precise en el artículo 67º que «El Estado determina la política nacional del

Dino Carlos
Caro Coria

- Abogado del Estudio Benites, Mercado & Ugaz
- Profesor de Derecho Penal Parte Especial en la Pontificia Universidad Católica del Perú
- Alumno de la Maestría de Derecho Constitucional de la misma casa universitaria

1 BANCO MUNDIAL. Informe sobre el desarrollo mundial 1992. Desarrollo y medio ambiente. 1ª ed. Washington D.C., 1992, p. 48.

ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales», mandato que concuerda con las disposiciones del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo N° 613°.

En tal línea, el Derecho se muestra como uno de los instrumentos fundamentales de toda política ambiental. Tradicionalmente ha sido el Derecho Administrativo el que se ha encargado de ofrecer protección al ambiente, a través de la programación y control de las actividades que puedan dañarlo⁽²⁾. No obstante, en los últimos años, en un intento de luchar contra la degradación de la naturaleza usando todos los medios con que cuenta el Estado, la mayoría de los ordenamientos viene acudiendo al Derecho Penal, tipificando como delito los atentados más graves contra los valores ambientales. Así, destacan la Ley italiana para la tutela de las aguas contra la contaminación, del 10 de mayo de 1976, conocida como «Legge Merli», que establece varias figuras delictivas; la Ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente, que introdujo en 1980 en el Código Penal un título específico de «Delitos contra el ambiente»; el Código Penal austríaco de 1974, que tras su reforma entró en vigor el 1° de enero de 1989; y el Código Penal español que en 1983 fue reformado incorporándose el artículo 347° Bis que tipifica el delito de contaminación. En el ámbito latinoamericano, el Código Penal colombiano de 1980 y la Ley Penal del Ambiente de Venezuela promulgada el 2 de enero de 1992, siguen esta línea criminalizadora.

En el Perú, el Código Penal de 1924 no introdujo figuras específicas de protección del ambiente como bien jurídico autónomo. Con posterioridad varias leyes especiales se promulgaron a fin de instrumentar la tutela de algunos aspectos específicos de este interés, entre ellas destacan las normas de protección de los recursos hidrobiológicos, flora, fauna y aguas. Luego, en 1990, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales introdujo en el Capítulo XXI un con-

junto de supuestos delictivos que tuvieron corta data, pues en abril de 1991, tras un desordenado proceso de «reforma» se puso en vigor el nuevo Código Penal, que sin tomar en cuenta los aspectos fundamentales de las normas administrativas, incorporó un título especial de delitos ambientales. Posteriormente, en noviembre de dicho año, la 1ª Disposición Final del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, derogó expresamente las normas respectivas del Código del Medio Ambiente.

II. CRIMINALIZACIÓN O DESCRIMINALIZACIÓN

Queremos llamar la atención sobre algo que todos creen tener en cuenta pero que pocos advierten en sus dimensiones reales. Aproximadamente el noventa por ciento de la doctrina extranjera, y el total de la escasa doctrina nacional, afirman de modo automático y categórico la necesidad de tutelar penalmente el ambiente, considerándose de tal modo que el sistema punitivo ofrece posibilidades reales de disuasión o prevención real y que en última instancia está dotado para sancionar o reprimir efectivamente a los delincuentes ambientales y adicionalmente asegurar una adecuada reparación civil a favor de las víctimas.

Este razonamiento, al igual que en otras áreas del derecho en general, y en Derecho Penal específicamente, constituye un pensamiento «a priori» que corre el riesgo de carecer de una lógica seria y mínima para la argumentación. ¿Por qué criminalizar? ¿Por qué sería fundamental la intervención penal? ¿Puede resolverse el problema de una manera menos violenta? ¿En qué consiste el problema? ¿Realmente el estado quiere solucionarlo? Estas y

otras preguntas básicas son las que se pasan gravemente por alto con un raciocinio falaz que «a priori» afirme la necesidad del recurso al modelo punitivo.

Por nuestra parte, consideramos que en la actualidad, la existencia de normas penales ambientales en nuestro ordenamiento jurídico tan sólo constituyen un discurso demagógico o simbólico del derecho penal, se asemejan a un «golpe al vacío». En efecto, conforme a los postulados del derecho penal mínimo que orienta los procesos de criminalización y descriminalización de los

Las normas
penales
ambientales en
el Perú, sólo
constituyen un
uso simbólico
del Derecho
Penal.

2 MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Antonio. «Observaciones críticas a la configuración de los delitos contra el medio ambiente en el Proyecto de Código Penal de 1992.» En: Jueces para la Democracia. N° 16-17. (Madrid, 1992), p. 98.

Estados modernos³), la intervención penal debe presentarse como «ultima ratio», es decir ante el fracaso de los mecanismos de control social extra penales en la protección de los bienes jurídicos fundamentales, contra las formas de ataque que revisten mayor lesividad y siempre que la respuesta penal pueda ser eficaz. Es precisamente este punto de partida el que ha generado tanto heterogeneidad en la doctrina penal respecto a la conveniencia o no de criminalizar determinados actos que lesionan o ponen en peligro los valores ambientales.

Por un lado, quienes sustentan la criminalización suelen señalar que: se trata de un bien jurídico fundamental que requiere de todos los medios de protección⁴), democratiza el sistema penal⁵) contribuye a la formación de una conciencia ambiental⁶), por tratarse de un bien jurídico nuevo hay que partir de cero⁷), refuerza el control administrativo que puede ser insuficiente⁸), sirve para la prevención de delitos⁹). No

obstante, consideramos que dichas afirmaciones dejan de lado el análisis integral de los principios derivados del modelo de mínima intervención penal: protección exclusiva de bienes jurídicos, fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad.

A consecuencia de dicho análisis integral, somos escépticos de la posibilidades reales del sistema penal para ventilar, procesar y resolver los conflictos derivados del aprovechamiento del ambiente¹⁰). Pues si bien se trata de bienes jurídicos fundamentales contra los que se evidencian graves vulneraciones (fragmentariedad), los principios de subsidiaridad y utilidad derivados del modelo de mínima intervención, niegan la conveniencia de la intervención penal. En efecto, con arreglo al postulado de la subsidiaridad se precisa el fracaso de los mecanismos de control extra penales en la protección del bien jurídico, situación no evidenciada tratándose de los intereses ambientales toda vez que a nuestro criterio no existe en el medio una adecuada instrumentación de los medios informales —no jurídicos— tales como la educación, la política o el mercado. Asimismo, consideramos que los medios formales o jurídicos de control social tampoco han sido suficientemente explotados en la resolución de estos conflictos, entre los que destacan el derecho administrativo, civil, constitucional, internacional, etc.

De otra parte, el principio de utilidad del derecho penal confirma también la inconveniencia de la tutela punitiva. Con arreglo a dicho principio, sólo es permitida la intervención penal cuando resulte útil o eficaz para controlar las conductas lesivas que atentan contra el bien jurídico. En tal orden, la ineficacia del sistema penal en esta materia deriva de las constataciones formuladas por la criminología crítica a partir del estudio del funcionamiento de las agencias de control penal —Policía, Fiscalía, Poder Judicial—.

La criminología crítica ha demostrado la selectividad de los órganos del sistema criminal. En el

- 3 ANIYAR DE CASTRO, Lola. «Sistema penal y sistema Social: la criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso.» *En*: Cuadernos de Política Criminal. N° 14. (Madrid, 1981) p. 345 y ss. CANESTRI, Francisco. «Los procesos de descriminalización y criminalización.» *En*: Capítulo criminológico. N° 5. (Venezuela, 1977) p. 27 y ss. CONSEJO DE EUROPA. Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad. Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 19 y ss. GICOVATE POSTALOFF, Miriam. Los procesos de descriminalización. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1982, p. 15 y ss.
- 4 MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, o. c., p. 99. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. «Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente.» *En*: Documentación Jurídica. Secretaría del Ministerio de Justicia. Vol. 2, N° 37-40, enero-diciembre (Madrid, 1983) pp. 170-171. CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido. «Introducción al delito ecológico.» *En*: TERRADILLOS BASOCO, Juan (Dir.). Curso de verano de la Universidad de Cádiz sobre el delito ecológico. Madrid, Trotta, 1992, p.15.
- 5 BORRERO NAVIA, José María. Protección penal de los derechos ambientales. De la criminología al derecho penal ecológico. Fundación para la investigación y protección del medio ambiente. Cali, Pacífico, 1990, p. 90. MARTINEZ CAMARERO, Carlos. «La necesaria modificación del delito ecológico.» *En*: TERRADILLOS BASOCO, Juan (Dir.). Curso de verano de la Universidad de Cádiz sobre el delito ecológico. Madrid, Trotta, 1992, p. 115.
- 6 DE LOS RIOS, Isabel. El delito ecológico como delito no convencional. Ponencia presentada en el Primer Encuentro Internacional sobre la protección jurídica del medio ambiente. La Habana, versión mimeo del 19-21 de noviembre de 1991, p. 3.
- 7 VERCHER NOGUERA, Antonio. «Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente.» *En*: Revista Jurídica La Ley. Abril (Madrid, 1991) p. 2.
- 8 BORRERO NAVIA, o. c., pp. 90-91. FERNANDEZ RODRIGUEZ, Dolores. Protección jurídico-penal del medio ambiente. *En*: Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Martín Bernal. Universidad de Murcia. 1980, p. 199.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis. «Alternativas de la protección penal del medio ambiente.» *En*: Cuadernos de Política Criminal. N° 19 (Madrid, 1983), p. 142.

9 MARTINEZ CAMARERO, o. c., p. 115. VERCHER NOGUERA, Antonio. Comentarios al delito ecológico. Breve estudio de derecho comparado entre España y los Estados Unidos. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia 1986, p. 40.

10 Con anterioridad hemos analizado ampliamente los argumentos que sugieren la descriminalización de los delitos ambientales. Véase: CARO CORIA, Dino Carlos. La descriminalización de las infracciones delictivas ambientales. Tesis para optar el título profesional de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1994, 696 pp.

ámbito de la criminalización primaria o creación de delitos, la tipificación de los crímenes ambientales es «tibia», atemperada. Las penas son leves, permitiéndose la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad; la técnica de tipificación mediante normas penales en blanco y fórmulas de peligro han sido instrumentadas inadecuadamente favoreciéndose notoriamente la impunidad. A su vez, en la aplicación de estas normas o en el proceso de criminalización secundaria, la agencias de control no persiguen a los poderosos de la sociedad y cuando lo hacen concluyen que no existe responsabilidad, pese al elevado costo social que las actividades industriales y depredatorias generan a la sociedad. Por el contrario, tratándose de ciudadanos marginales los operadores del derecho penal dejan sentir todo el «peso de la ley», los etiqueta, los criminaliza, los vulnera. Esto está probado estadísticamente y con algunos trabajos empíricos preliminares. Finalmente, en la etapa de la ejecución penal, es por todos conocido que el nivel socioeconómico de la población penal es bajo o muy bajo, según los patrones de estratificación. Los delincuentes económicos, de similares características que los ambientales, nunca van a la cárcel. El encierro o «enjaulamiento» pareciera ser el castigo a la marginalidad más que una sanción por la comisión de un delito. Esta situación, y otras razones que derivan de estas premisas fundamentales, bien podrían aconsejar la descriminalización de los delitos ambientales, es decir la supresión de la reacción penal frente a las conductas anti-ambientales. Por nuestra parte, consideramos que una adecuada instrumentación de los mecanismos de control social extrapenales, informales (educación, religión, ética, política, medios masivos de comunicación, el mercado) y formales (derecho internacional, constitucional, administrativo, civil), son suficientes para la resolución de la problemática ambiental. La actual situación de ineficiencia de estos mecanismos no se debe a una deficiencia inherente a los mismos, sino a una insuficiencia en su uso por parte del Estado y la colectividad en general, pues no existe una real decisión política necesaria para resolver estos conflictos. En consecuencia, la resolución de la problemática ambiental pertenece principalmente al plano político, es en este ámbito

Un adecuado sistema de control extra-penal es suficiente para resolver la problemática ambiental.

donde corresponde discutir, decidir e instrumentar soluciones. Al derecho sólo le concierne un rol legitimador y operativo de las decisiones tomadas políticamente.

En tal sentido, el rol del derecho penal sólo puede tener cabida como refuerzo de una estructura tuitiva del ambiente previamente organizada. Desde una perspectiva de derecho penal de mínima intervención, el recurso a la pena sólo procede cuando es útil para enfrentar las más graves vulneraciones de los bienes jurídicos fundamentales y siempre que los mecanismos de control extrapenales hayan fracasado. La actual situación, que al parecer amenaza prolongarse indefinidamente, en la que el Estado peruano y la ciudadanía evaden su responsabilidad en la tarea de proteger el ambiente, nos permite afirmar que el derecho penal ambiental está destinado al fracaso, pero con la agravante de su utilización simbólica, demagógica, y marginalizante.

III. EL AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como ya se ha señalado, el sistema penal debe orientarse a la exclusiva tutela de bienes jurídicos. En el campo del derecho ambiental, el panorama doctrinal ofrece una variedad de conceptos relacionados con el contenido y las características esenciales del bien jurídico ambiente. Sin embargo, tales divergencias finalizan cuando se destaca su importancia y la necesidad de tutelarlos jurídicamente⁽¹¹⁾. En el actual momento histórico, prácticamente existe unanimidad al respecto, aunque pueda registrarse diferencias en cuanto al contenido

concreto de este interés, como en relación a la utilización del derecho penal y a la intensidad de su intervención⁽¹²⁾.

En cuanto al contenido del bien jurídico, actualmente el problema no se plantea desde una perspectiva estrictamente dogmática, sino que se ha transformado en una cuestión de carácter esencialmente político-criminal⁽¹³⁾. En esta línea de

11 Obviamente, esta no se extiende, necesariamente, al uso del derecho penal.

12 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. «El medio ambiente como bien jurídico tutelado.» *En*: TERRADILLOS BASOCO, Juan (Dir.). Curso de verano de la Universidad de Cádiz sobre el delito ecológico. Madrid, Trotta, 1992, p. 41.

13 PRATS CANUT, José Miguel. «Observaciones críticas sobre

pensamiento, la importancia de delimitar dicho contenido se relaciona con las funciones político-criminales del bien jurídico, las que en última instancia se expresan en formulaciones dogmáticas. Porque especifica las garantías del ciudadano, fija el ámbito del injusto y permite la sistematización y jerarquización de los delitos⁽¹⁴⁾.

Para nosotros, la dogmática es el instrumento jurídico a partir del cual se legitima u opera un determinado modelo político criminal. En tal sentido, la existencia de variadas posiciones en relación al contenido del bien jurídico ambiente no constituye, como algunos lo han señalado, un problema de rigor académico, sino la expresión jurídica penal de las también múltiples opciones políticas frente al problema ambiental. A continuación presentamos un intento personal de ordenar este panorama.

1. Tesis negatorias de su autonomía

El común denominador de estas propuestas radica en la negación de la autonomía del contenido del bien jurídico ambiente, pues definen sus alcances a partir del contenido de los bienes jurídicos tradicionalmente tutelados por los sistemas penales. De ello, el rasgo distintivo que identifica tales concepciones no radica en la denominación utilizada para referirse al ambiente⁽¹⁵⁾, sino en el contenido sustantivo que le otorgan a éste.

Ahora bien, el pensamiento que subyace a dichas tesis se fundamenta en una idea antisistémica del ambiente, es decir una visión parcial, compartimentalizada y estática que desconoce las interrelaciones que a partir de él se establecen entre, por ejemplo, los recursos, la tecnología, la economía, la política, la ecología, el derecho, etc. Esta forma de comprender el ambiente predominó hasta 1950, para luego ser progresivamente superada por la denominada visión holística y sistémica del ambiente⁽¹⁶⁾. No obstante, el rezago aun permanece, en los discursos políticos con-

temporáneos y obviamente en el derecho penal. Esta visión anacrónica suele identificar al ambiente con intereses individuales y/o intereses colectivos protegidos por el derecho penal clásico, como se aprecia seguidamente.

1.1. Protección de bienes jurídicos individuales

Quienes participan de esta idea consideran que la protección del ambiente se relaciona con la tutela de intereses individuales como la vida humana, la salud individual, el patrimonio, etc.

Entre los que participan de este entendimiento puede identificarse con claridad dos posiciones. De un lado, la de aquellos que afirman la necesidad de crear una legislación penal específica para la tutela del ambiente⁽¹⁷⁾, la cual debe elaborarse con miras a proteger de un modo más eficaz los valores individuales clásicos. La segunda posición es la de quienes creen inútil la dación de una legislación específica, considerando que el ambiente está suficientemente protegido por los delitos convencionales: homicidio, lesiones, daños, etc.

1.2. Protección de bienes jurídicos colectivos

Otros, desde una perspectiva menos privatista del problema, equiparan el cuidado del ambiente con la protección de intereses colectivos concretos y tradicionalmente tutelados por el sistema penal, tales como la salud pública, los valores socioeconómicos, las facultades de la administración pública, etc. Quienes asumen esta postura y por razones similares a las de aquellos que ven en el ambiente sólo valores individuales, también han argumentado a favor y en contra de una regulación específica.

Las propuestas más destacadas de esta tendencia son las siguientes:

1.2.1. Salud pública

Esta posición ha sido resaltada por J. Boix⁽¹⁸⁾, al destacar que algunos autores consideran, desde una concepción ciertamente amplia de salud pública, que la tutela del ambiente no implicaría más que la protección de la salud del conjunto de los ciudadanos. Asimismo, dicho autor indica que, en cualquier caso, incluso aquellos que proponen la autonomía sistemática de este delito no ven

la configuración del delito ecológico en el proyecto de código penal de 1980.» En: Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria. Tomo II. Barcelona, Bosch 1983, p. 753.

14 Véase: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal. Parte especial. 2ª ed. Barcelona, Ariel 1991, p. 3-6. Manual de derecho penal español. Parte general. 3ª ed. Barcelona, Ariel 1989. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Bogotá, Témis, 1982.

15 Casi todos los autores que suscriben esta posición no dejan de usar las denominaciones "ambiente", "entorno", "medio ambiente", "ambiente natural", "ambiente y recursos naturales".

16 Véase: BRAÑES, Raúl. Derecho ambiental mexicano. México, Universo XXI, 1987, p. 26.

17 Sea una ley especial, como parte del Código Penal o como parte de una regulación administrativa orgánica o sectorial.

18 BOIX REIG, J., "Delitos contra el medio ambiente". En: VIVES ANTON (Dir.) Derecho Penal. Parte especial. 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 380.

inconveniente que en el futuro se estructure un título de «delitos contra la calidad de vida» que integren estos delitos y aquellos otros que afectan a los consumidores.

1.2.2. Valores socioeconómicos

Debe tomarse también en consideración a quienes estiman que el bien jurídico es esencialmente socioeconómico. Esta era la posición de Bustos Ramírez⁽¹⁹⁾, cuando señalaba que el ambiente «constituye un bien jurídico de carácter socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos».

1.2.3. Facultades de la administración

La fuerte dependencia del derecho penal con respecto al administrativo en materia ambiental, lo que se traduce en la utilización, de la técnica de la ley penal en blanco a la hora de tipificar las conductas delictivas, ha llevado a no pocos autores a entender que el bien jurídico protegido no está constituido por los valores ambientales en general, sino por las facultades de la Administración en la ordenación y tutela de esos valores⁽²⁰⁾. Como corolario de lo anterior habría que concluir que los ilícitos penales que protegen el ambiente no estarían estructurados como tipos de peligro abstracto respecto al bien jurídico ambiente, como normalmente se propone, sino como delitos de efectiva lesión del interés institucional de la administración pública en que se cumpla el contenido de sus disposiciones de tutela ambiental. Nosotros hacemos nuestra la opinión contraria, afirmando, con Albin Eser, que «el Derecho penal del ambiente no persigue la mera protección de las normas administrativas y de los fines de gobierno, distribución y organización de los recursos ambientales que las caracterizan, sino de los mismos elementos biológicos que constituyen el «involucro» natural dentro del cual se desarrolla la vida del hombre»⁽²¹⁾.

1.3. Protección mixta

Por último, se aprecia un sector doctrinal que desde una pretendida visión «más globalista», entienden que a la protección del ambiente sub-

yacen a la vez valores individuales y colectivos, pasibles de tutela penal, sea mediante un legislación específica o a través de las figuras delictivas clásicas.

2. Tesis que reconocen su autonomía

Desde una perspectiva completamente diferente, como consecuencia de la visión sistémica y holística del ambiente desarrollada a nivel de «soft law» internacional⁽²²⁾, así como en los procesos de constitucionalización de los valores ambientales, actualmente, en el derecho penal es tesis mayoritaria la que pretende dotar de autonomía sistémica a los delitos contra el ambiente y, por ende, de sustantividad propia al mismo en cuanto interés jurídico protegible⁽²³⁾.

En tal sentido, la tutela penal no se confunde con la protección de la vida y otros bienes del hombre, sino que el ambiente es un bien jurídico específico que no puede identificarse con estos valores⁽²⁴⁾, presentándose más bien, en palabras de Rodríguez Ramos, como un interés de superior nivel de abstracción y generalidad, formado a partir de la conjunción de esos bienes jurídicos tradicionales, fundando precisamente la entidad del nuevo bien en la interrelación existente entre todos ellos, entidad que tiene por tanto un carácter de síntesis o síncretismo de dichos bienes, pudiendo formularse gráficamente como un poliedro⁽²⁵⁾.

Ahora bien, no obstante esta identidad de perspectiva, se ha planteado en la doctrina diversos enfoques sobre el contenido del ambiente, entre los que destacan los siguientes:

2.1. Concepción amplia

Desde una perspectiva general, el término «ambiente» se refiere al «entorno» que rodea al hombre, y en este sentido omnicompreensivo se utilizó inicialmente por la Comisión Económica para

22 Como es el caso de las declaraciones, principios, acuerdos y tratados de Estocolmo (1972) y Río (1992).

23 BOIX R., o. c., p. 380. En igual sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte especial. Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 509. Ha señalado que la doctrina española es unánime en considerar la autonomía del medio ambiente como bien jurídico protegido. Por su lado, CONDE-PUMPIDO TOURON, o. c., p. 16, indica que el objeto de protección penal debe ser el bien jurídico «medio ambiente», diferenciable tanto de la salud pública como del orden socio-económico, con sustantividad propia como bien jurídico autónomo.

24 MATEOA RODRIGUEZ-ARIAS, o. c., p. 101.

25 RODRIGUEZ RAMOS, Luis. «Delitos contra el medio ambiente». En: Comentarios a la legislación penal. Tomo V, vol. 2, Edersa, 1985, p. 830.

19 BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte especial. 1ª ed., Barcelona, Ariel, 1986, p. 352. En la 2ª ed. de 1991 considera que el bien jurídico se relaciona con la seguridad común o colectiva, p. 260.

20 Véase: MATEOS RODRIGUEZ ARIAS, o. c., p. 101.

21 ESER, Albino. «La tutela penale dell'ambiente in Germania». En: L'Indice Penale, 1989, p. 237.

Europa al definirlo en 1978 como «un conjunto de sistemas compuestos de objetos y condiciones físicamente definibles que comprenden, particularmente, ecosistemas equilibrados bajo la forma en que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible, y con los que el hombre, en cuanto punto focal, ha establecido relaciones directas».

Esta visión es la que actualmente orienta al derecho ambiental en general. Como señala Brañes⁽²⁶⁾, el ambiente debe ser entendido como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados que constituyen el sistema. Esto implica, por otra parte, que el ambiente debe ser considerado como un todo, o como también suele decirse holísticamente. La palabra ambiente se utiliza para designar genéricamente todos los sistemas posibles dentro de los cuales se integran los organismos vivos. Estos organismos, a su vez, se presentan como sistemas. En consecuencia, la palabra «ambiente» no se emplea sólo para designar el ambiente «humano» —o más exactamente el ambiente del «sistema humano»— sino también todos los ambientes posibles de los sistemas de los organismos vivos en general.

En el ámbito del derecho penal, estas consideraciones han orientado la conceptualización del bien jurídico a protegerse, también de manera amplia. De esta forma, es de relevar lo expresado por Prats⁽²⁷⁾, quien ha señalado que el delito ecológico es un concepto relativamente nuevo, el cual viene representado por el ataque a un conjunto de bienes que se resumen en los elementos fundamentales del ambiente biológico en el cual nacen y se conservan los seres vivos (hombre, animales y plantas)».

A su vez, Bustos⁽²⁸⁾ concuerda con Prats al indicar que el bien jurídico está compuesto por un conjunto de elementos que, en la complejidad de sus relaciones, constituye el marco, el medio y las condiciones de vida del hombre; de modo que los problemas medio ambientales afectan a cuestiones tan diversas, como los recursos naturales, los instrumentos de producción, los bienes y servicios, los residuos, la organización territorial de

la sociedad, etc. Asimismo, este autor señala⁽²⁹⁾ que el ambiente constituye un bien jurídico referido a la seguridad común, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de todas y cada una de las personas.

De lo expuesto, el ambiente, desde esta perspectiva amplia comprende dos sectores claramente identificables y contrapuestos: el ambiente natural (aire, suelo, agua, flora y fauna) y el ambiente artificial, el cual comprende a su vez al ambiente construido por el hombre (edificios, fabricas, vías de comunicación, etc.) y al ambiente social (sistemas sociales, económicos, políticos, culturales).

Frente a tan amplios conceptos, se ha señalado que, aún cuando efectivamente estos ponen de relieve la interrelación existente entre todos los factores que condicionan el marco y las condiciones de vida del hombre, son, sin embargo, poco satisfactorios desde el punto de vista penal, pues su propia amplitud hacen difícil configurar su protección como bien jurídico autónomo⁽³⁰⁾.

2.2. Concepción estricta o restringida

Posición distinta es la que parte de un concepto estricto de «ambiente» identificándolo con los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas, reduciendo toda la problemática de la protección ambiental a la tutela del aire y del agua, descartando, en consecuencia, de tal ámbito las cuestiones relativas al ambiente artificial y los otros elementos naturales. Se ha objetado que esta concepción tan estricta no garantiza, sin embargo, una protección suficiente y no cubre, desde luego, la totalidad del concepto de «ambiente» recogido en las Constituciones que abarcan generalmente también el suelo, la fauna y la flora, así como la relación del hombre con dichos elementos⁽³¹⁾.

2.3. Concepción intermedia

En respuesta a los contenidos amplio y estricto del ambiente, se ha propuesto en la doctrina española e italiana una concepción intermedia, consistente en deducir el contenido del bien jurídico a partir de los preceptos constitucionales. Esta es la tesis

26 BRANES, o. c., p. 25-28.

27 PRATS CANUT, o. c., p. 751-752.

28 BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal. Parte especial*. 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1991, p. 260.

29 En concordancia con BELTRAN BALLESTER, Enrique. «El delito ecológico.» En: Poder Judicial. Especial IV (Madrid 1988) p. 97 y CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido. «Protección penal del medio ambiente.» En: Poder Judicial. Especial IV (Madrid, 1988), p. 69.

30 CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido. «Introducción al delito ecológico.» En: TERRADILLOS BASOCO, Juan (Dir.). *Curso de verano de la Universidad de Cádiz sobre el delito ecológico*. Madrid, Trotta, 1992, p.16.

31 *Ibid.*, p. 17.

preferida actualmente por la doctrina penal³². Con este punto de partida casi todos los autores al definir el ambiente lo circunscriben al ambiente natural (aire, agua, suelo, flora y fauna), con un acento antropocentrista pues destacan sus relaciones con el hombre o con la vida.

Si bien estas propuestas derivan de las concepciones constitucionalistas acerca del bien jurídico, a ellas se crítica³³ que al identificar los bienes jurídicos penalmente tutelables en la Constitución, evitan precisar, justamente, el concepto de bien jurídico, estableciendo relaciones y consecuencias directas entre bienes jurídicos y valores que consagra la Constitución. A su vez, se señala que la identificación de bien jurídico y derecho fundamental puede desconocer las diferentes funciones que ambos conceptos tienen en el ordenamiento jurídico, ello sumado a la consideración de que no todos los valores constitucionales necesariamente deben ser protegidos por el derecho penal y a la inversa, no todos los bienes que el derecho penal protege deben estar necesariamente registrados en las normas constitucionales, ello en función a la evolución de las necesidades de protección penal que la comunidad requiera.

2.4. Concepción residual

Sin relacionarse necesariamente con las categorías anteriormente descritas (amplia, estricta o intermedia), Rodríguez Devesa y Serrano Gómez³⁴ señalan que un intento de precisar los contornos del bien jurídico protegido ha de proceder, de modo necesario, con criterios residuales.

De tal forma, pertenecen al medio ambiente, en el sentido de la ley, todos aquellos elementos naturales cuya conservación o restauración es indispensable para la supervivencia del ser humano, siempre y cuando no encuentren una tutela penal específica en otros preceptos del propio Código o leyes penales especiales o cuando se hallen interrelacionados de suerte que esa pro-

tección específica no alcance al sistema (al ecosistema), sino sólo a uno de los elementos aisladamente considerado, de manera que dicha protección penal sea insuficiente para garantizar, mediante el cumplimiento por separado de las normas, la preservación o recuperación de elementos vitales para la supervivencia del hombre. Esta posición queda descartada a partir de su propio criterio delimitador. La ley como creación político-jurídica de los Estados modernos no es sino un instrumento regulador de conductas, es un medio de control social. De este modo, la ley sólo toma en consideración determinados aspectos de la realidad ambiental a fin de regular la conducta humana que incide sobre ella. En otras palabras, las definiciones legales, así como el derecho en general, tienen un carácter fragmentario o selectivo. En esta línea de pensamiento, el concepto de ambiente que de la legislación puede derivar, residualmente o no, siempre será una definición parcial. El ambiente es un fenómeno óptico, presente en la realidad, de dicha realidad debe extraerse su concepto.

2.5. Concepción legalista

Por último, aunque no necesariamente reconociendo la autonomía del ambiente como bien jurídico, un sector de la doctrina considera que el contenido de este interés fluye de los límites de la protección legal. Así, el contenido del bien jurídico ambiente está definido por la ley. Contraviniendo esta elaboración podría apun-

tarse las mismas consideraciones señaladas a propósito de la concepción residual.

3. Toma de posición

Por las razones expuestas anteriormente, descartamos absolutamente el valor de las teorías que niegan la autonomía del bien jurídico ambiente. Adicionalmente, consideramos que una concepción antisistémica (parcial, compartimentalizada y estática) del mismo, como la que deriva de estos postulados, constituye un concepto contrario a las necesidades ambientales de nuestra época, que por el contrario exige una visión holística y sistémica tendente a la estructuración de una política y gestión ambientales de uso sostenido de los recursos.

Ahora bien, esto centra nuestra atención sobre las tesis que afirman la autonomía del ambiente

El concepto
de ambiente que
subyace
y rodea a la nueva
Constitución es
integral, holístico
y sistémico.

32 Ibid., p. 17.

33 Véase: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Lecciones de derecho penal. Parte general. 1ª ed. Lima, Cuzco, 1990, p. 49.

34 RODRIGUEZ DEVESA, José María, Alfonso SERRANO GÓMEZ. Derecho penal español. Parte especial. 16ª ed. Madrid, Dikynson, 1993, pp. 1104-1105.

como interés jurídicamente tutelado. De ellas, las concepciones residual y legalista, como se ha señalado,³ carecen también de valor, por ser definiciones mediatizadas y obedientes del sentido y fragmentariedad de la ley. En consecuencia, resta por analizar las concepciones amplia, estricta e intermedia. Para ello debemos tener en cuenta que los conceptos, como abstracciones de una realidad específica, sólo tienen razón de ser en la medida que sirvan para comprender mejor dicha realidad. Los conceptos deben ser funcionales a ella y no viceversa. En tal sentido, a partir de esta visión funcionalista de los conceptos, consideramos que el valor de las tesis amplia, estricta e intermedia del ambiente, depende, principalmente, del ámbito en que nos encontremos (política ambiental, gestión ambiental, derecho ambiental, política criminal, derecho penal, etc.), así como de la función que el concepto ambiente debe cumplir en cada uno de dichos ámbitos. De esta manera, las concepciones estricta e intermedia serán de poca utilidad al definir, por ejemplo, una política y gestión ambientales, caracterizadas por su carácter global e integral. En este ámbito, sólo resultaría funcional una concepción amplia de ambiente, debido a que sólo ella recoge, desde una visión holística y sistémica, la idea más fidedigna de la realidad.

El ambiente, como hemos expresado antes, es un fenómeno óntico y como tal debe ser conceptualizado sin fragmentaciones. Por tal motivo, nosotros consideramos que el único concepto verdadero de ambiente es el recogido por la concepción amplia. No obstante, al momento de definir el ámbito en que debe intervenir el derecho, este concepto amplio debe ser fragmentado, seleccionándose los aspectos de dicha realidad que serán materia de regulación jurídica. En lo que toca a la problemática penal ambiental, una concepción amplia resultará disfuncional a los requerimientos de una política criminal acorde con los postulados de derecho penal mínimo, por atentar contra las exigencias de fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad. Queda por definir entonces, entre las concepciones estricta o intermedia, si alguna es funcional a una política criminal de derecho penal mínimo. Estas concepciones tienen en común que ambas representan, de uno u otro modo, una visión parcial o fragmentaria del concepto de ambiente, lo cual es algo querido, como se ha indicado, al definir el ámbito de una regulación jurídica. Veamos sin embargo si dichas fragmentaciones favorecen una opción de derecho penal mínimo.

De un lado, la concepción intermedia fragmenta el concepto amplio de ambiente a partir de criterios normativo-constitucionales, lo cual hemos criticado con las objeciones formuladas contra las tesis constitucionalistas sobre el bien jurídico, críticas suficientes para descartar esta concepción. De otro lado, la tesis estricta selecciona su ámbito en base a criterios extra-jurídicos que no necesariamente delimitan el ámbito idóneo en que podría intervenir el derecho penal, lo que también sugiere su descarte.

Por nuestra parte, creemos que un concepto de ambiente funcional a una política criminal de mínima intervención, que delimite racionalmente el posible ámbito de intervención del derecho penal ambiental, debe derivar (partir), en general de la normatividad extra-penal, y en particular de la Constitución y de las normas administrativas. Debemos advertir al respecto, que esta línea de pensamiento no pretende definir el concepto de ambiente a partir de la ley, como lo pretenden las concepciones residual y legalista. Ha quedado claro que el concepto de ambiente es uno sólo, es de naturaleza óntica, está en la realidad y ha sido aprehendido, de mejor manera, por la concepción amplia.

La razón fundamental que abona nuestra propuesta de derivar el concepto de ambiente, que no será óntico desde luego, para el derecho penal de las normas extrapenales (constitucionales, administrativas, etc.) se basa en los principios de fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad. Ello porque el derecho penal sólo podrá intervenir eficientemente (principio de utilidad) cuando los intereses que selecciona para su tutela (principio de fragmentariedad) ya están protegidos por mecanismos de control extrapenales, y siempre que dichos medios hayan fracasado (principio de subsidiaridad). En consecuencia, el derecho penal no puede actuar aisladamente sino como refuerzo de una estructura de tutela no punitiva anteriormente trazada, de modo que el concepto de ambiente para el derecho criminal no puede ser privativo del mismo sino más bien derivado de las normas extrapenales cuyo cumplimiento pretende reforzar. En definitiva, ello de modo alguno significa que la protección penal deba recaer sobre todos los aspectos regulados extra penalmente, dado que la perspectiva minimista del derecho penal exige, según hemos destacado con abundancia, seleccionar las conductas a regular en función de los principios de fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad.

Como corolario de lo anterior, la construcción del

concepto de ambiente exige revisar responsablemente el contenido de las normas constitucionales, administrativas u otras orientadas a la tutela de este bien jurídico. Antes bien, debe destacarse que la referencia a la Constitución como norma informadora y delimitadora de la tutela penal, según lo propuesto, no significa sostener una posición jurídico-constitucionalista frente al bien jurídico. Consideramos, al igual que Prado⁽³⁵⁾, que la Constitución aparece como el marco más adecuado y seguro para la identificación social de bienes jurídicos. En ella se reproducen la mayoría de derechos individuales y colectivos que por su trascendencia para la interacción social, cumplen con los requisitos que demanda todo objeto de protección penal. Asimismo, la referencia a las normas administrativas de naturaleza ambiental⁽³⁶⁾, también como normas informadoras y delimitadoras del objeto de protección penal, se debe a la consideración de que el único objeto que puede cumplir el derecho penal ambiental, por su carácter subsidiario, es reforzar el cumplimiento de estas normas que protegen valores ambientales, lo cual puede lograrse, como veremos más adelante, mediante la técnica legislativa de los tipos penales en blanco.

En conclusión, sobre el contenido del bien jurídico ambiente es necesario tener en cuenta dos aspectos fundamentales. En primer término, existe un único concepto de ambiente, entendido como fenómeno óptico, de la realidad, esta noción corresponde a la llamada Concepción Amplia que hemos descrito. De otro lado, por las exigencias de fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad del derecho penal mínimo, es necesario construir un concepto penal de ambiente derivado (a partir), principalmente, de las normas constitucionales y administrativas de carácter ambiental.

Ahora bien, la Constitución de 1993 no establece directamente un concepto de ambiente. Sin embargo, no cabe duda que asume una concepción holística y sistémica de la problemática ambiental, lo cual se evidencia con la obligación que impone al Estado de elaborar una política ambiental que promueva el desarrollo sostenible (artículo 67°). Por ende, el concepto constitucional de ambiente es integral. Esta afirmación está

corroborada además por la denominación del Capítulo (Del ambiente y los recursos naturales), así como por el desarrollo normativo, que incluye además del tema de los recursos (artículo 66°), la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68°). Tal regulación sólo tiene cabida desde una perspectiva holística.⁽³⁷⁾

Adicionalmente, el texto constitucional de 1979 que inspiró al Código Penal de 1991, y su principal desarrollo legal dado por el Código del Medio Ambiente, revelan la evolución del sistema jurídico peruano hacia una concepción sistémica del ambiente, a lo cual la nueva Constitución se ha sumado dándole el mayor rango del ordenamiento a los principios fundamentales de esta concepción.

En idéntico sentido, durante los últimos años el Perú se viene adscribiendo al sistema internacional de protección ambiental, mediante la aprobación de principios y convenios⁽³⁸⁾, entre los que destaca por ejemplo la casi reciente aprobación del «Protocolo de Montreal relativo a Sustancias que agotan la capa de Ozono»⁽³⁹⁾ y del «Convenio sobre Diversidad Biológica»⁽⁴⁰⁾. La característica principal de este «Soft Law», es que contiene una visión integral de los temas ambientales con miras hacia el desarrollo sostenible. Ello forma parte del derecho nacional conforme dispone el artículo 55° de la Constitución.

Por lo tanto, el concepto de ambiente que subyace y rodea a la Nueva Constitución es integral, holístico y sistémico. Sin embargo, esta amplitud no se equipara al de la llamada «concepción amplia», que incluye dentro de la definición todos los aspectos relacionados con el ambiente natural y el ambiente artificial, del cual forman parte el ambiente construido por el hombre (ordenación territorial, edificios, fábricas, etc.) y el ambiente social (el patrimonio histórico y cultural, sistemas sociales, políticos, etc.). La Constitu-

35 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. «Constitución, derecho y principios penales.» En: Derecho. N° 43-44 (Lima 1990) p. 271.

36 En el sentido de BRAÑES, Raúl. Aspectos institucionales y jurídicos del medio ambiente. Incluida la participación de las organizaciones no gubernamentales en la gestión ambiental. Washington D.C., BID, 1991, p. 11.

37 Sobre el debate constitucional véase: Derecho Ambiental. Bona Fide. Boletín Red Latinoamericana. N° 2 (Lima 1993) pp. 6-7. Medio Ambiente. Revista especializada en ecología y desarrollo. N° 53 (Lima, 1993), pp. 16 y ss.

38 Un inventario de los mismos hasta 1991. En: VERA ESQUIVEL, Jesús Germán. El nuevo derecho internacional del medio ambiente. Antecedentes, principios y tratados internacionales más importantes relativos al medio ambiente y la participación peruana en los mismos. Lima, Fondo Editorial de la Fundación Academia Diplomática del Perú, 1991, pp. 140-146.

39 Resolución Legislativa N° 26178, publicada el 10 de junio de 1993.

40 Resolución Legislativa N° 26181, publicada el 3 de junio de 1993.

ción regula el ambiente centrándose principalmente en el «ambiente natural» (aire, agua, suelo, flora, fauna y las interrelaciones que entre ellos existe), e incluyendo además la ordenación territorial⁽⁴¹⁾, pero excluyendo de sus alcances, cuando menos, todo lo relacionado al patrimonio histórico cultural⁽⁴²⁾.

Con éste acercamiento al concepto constitucional de ambiente, que según hemos visto refuerza el marco jurídico legal e internacional, queda la tarea de derivar una definición para el derecho penal que precise los límites del bien jurídico a tutelarse, su sistemática, su jerarquía, etc. En este orden de ideas, consideramos que un concepto compatible con las exigencias de fragmenta-

El Código del Medio Ambiente contenía una protección penal más adecuada que la del Código Penal.

riedad, subsidiaridad y utilidad penal concuerda con la denominada «CONCEPCIÓN INTERMEDIA» de ambiente que describimos anteriormente. Esta fue esbozada en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal del año 1979, donde se precisó, siguiendo el concepto del alemán Hermann, que el bien jurídico está situado en el ámbito natural, es una realidad natural compleja, integral y dinámica. Vale decir, el medio ambiente es el conjunto de elementos de la naturaleza que tanto en sus características mediales (aire, suelo, agua) como en sus formas de manifesta-

ción concreta (flora y fauna), están integrados en un sistema ecológico dinámico y equilibrado en sus numerosos sistemas y que sirven de soporte a las condiciones y la calidad de vida en sus diversas formas.

Como señala Bacigalupo, la protección del ambiente en función del concepto intermedio de «ambiente natural», permite deducir convenientemente los objetos de protección a que debe referirse el derecho penal ambiental: se trata del mantenimiento de las propiedades del suelo⁽⁴³⁾, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y de las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales⁽⁴⁴⁾.

IV. EL CODIGO PENAL PERUANO

1. Apuntes preliminares

Los miembros de la Comisión Revisora del Código Penal de 1991 asumieron en gran medida las propuestas del proyecto de código penal de julio de 1990, salvo en lo referente al delito de contaminación y en menor medida los de responsabilidad funcional y eliminación de desechos tóxicos. En consecuencia, el legislador repitió los errores de dicho proyecto. Este, al igual que sus similares, constituía una propuesta inadecuada por su marcado aislamiento y ausencia de coordinación con las normas administrativas de protección del

41 La Constitución de 1993 no tiene un dispositivo similar al artículo 18° de la anterior Carta Magna que permita excluir del concepto de ambiente la ordenación del territorio. No obstante, conforme al Código del Medio Ambiente, la planificación ambiental comprende «el ordenamiento del territorio, de los asentamientos humanos y de los recursos» (artículo 5°), «el Estado promueve y fomenta la adecuada distribución de las poblaciones en el territorio nacional de acuerdo con la capacidad de soporte de los ecosistemas que lo conforman» (artículo 78°). Sobre esta interesante problemática véase: DE LA CUESTA ARZAMENDI, o. c., pp. 167 y ss.

42 Este ha sido regulado por la Constitución como derecho social y económico en el artículo 21°. Ello concuerda con la regulación del Código Penal, que en un título diferente (VIII) al de los delitos ambientales tipifica ilícitos contra el patrimonio cultural (artículos 226° y ss). No obstante, el Código del Medio Ambiente tiene normas al respecto en el Capítulo XI (artículos 59° al 61°).

43 Algunos autores, aceptando el concepto restringido de ambiente, eliminan del mismo la referencia al suelo por considerar que su regulación forma parte de la competencia de la ordenación territorial. Así: MATEO, Martín. Derecho ambiental. Madrid, 1977, pp. 78-79, considera el ambiente como «el conjunto de elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas, agua y aire, que son objeto de una protección jurídica específica». No obstante, la Constitución de 1993 no elimina esta noción del concepto de ambiente, como sí lo hacía la anterior de 1979 en el artículo 18°. Por el contrario lo incluye implícitamente al referirse a la Política Ambiental como tarea del Estado (artículo 67°). En idéntico sentido, el Código del Medio Ambiente lo incorpora como parte de la planificación ambiental (artículo 5°). De esto, la ordenación del territorio forma parte del concepto restringido de ambiente.

44 Bacigalupo, Enrique. «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente.» *En: Estudios Penales y Criminológicos*. N° V. Universidad de Santiago de Compostela (1982) pp. 200-201. En el mismo sentido: RODAS MONSALVE, Julio César. «Delitos contra el ambiente: algunos problemas para su adecuada tipificación y aplicación.» *En: Nuevo Foro Penal*. N° 53 (Bogotá 1991) p. 319. PERIS RIERA, Jaime Miquel. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia, Universidad de Valencia, 1984, pp. 28 y 29.

ambiente, en particular, obvió absolutamente los avances del proceso normativo ambiental. Sin embargo, el Código Penal de 1991 multiplicó las desventajas de esta omisión al no considerar la regulación del Código del Medio Ambiente, vigente desde 1990.

Sobre este último, los tipos penales del Código del Medio Ambiente eran más integrales en los objetos de protección, como sucedía, por ejemplo, al señalarse una tutela absoluta contra toda forma de internación de residuos, buscando evitar de este modo convertir el país en «basurero internacional». En todo caso, este texto legal era más integral en el tratamiento del bien jurídico, dado que no lo circunscribía a determinados sectores. A pesar de ello, de modo irónico, el Código Penal de 1991 sólo rescató del Código del Medio Ambiente uno de sus aspectos menos relevante, la eliminación de desechos cuando son usados para alimentar animales destinados al consumo humano.

Ahora bien, el legislador del Código Penal de 1991 no sólo ignoró los aspectos fundamentales de dicha regulación sino que además introdujo aún más errores. Dicha situación es patente, por ejemplo, tratándose de la estructuración del tipo de contaminación. En él se incorporó el concepto de valores-límite junto con la técnica de delitos de peligro concreto, lo que como veremos luego resulta totalmente contradictorio. Asimismo, se restringió el alcance de la protección del bien jurídico al exigirse, a diferencia del proyecto de 1990, la afectación acumulativa de la flora, la fauna y los recursos hidrobiológicos, suprimiéndose además la mención «o en el medio ambiente», lo que terminó restringiendo aún más el ámbito de la tutela penal. Pero eso no es todo, se pretendió además convertir algunas agravantes del artículo 305° en casos de responsabilidad objetiva, al quitarse el elemento de previsibilidad del resultado muerte o lesiones graves.

Como es obvio y natural en nuestro medio, el legislador pudo establecer una regulación mucho más adecuada de los delitos ambientales. Pero no quiso.

2. La coyuntura en que se promulgó

Quienes consideren que la deficiente regulación de las normas penales vigentes es pura casualidad, simple desgano o ignorancia del legislador peruano, se equivocan. El Código Penal de 1991 fue promulgado durante los primeros meses de vigencia del Código del Medio Ambiente, que como todos sabemos constituye el intento más

serio de frenar el estilo de desarrollo basado en tecnologías y medios de producción nocivos para el ambiente. De esta forma, la vigencia del Decreto Legislativo N° 613 fue un triunfo para los sectores conservacionistas, constituidos principalmente por ONGs y algunos políticos.

No obstante, ello fue motivo de profunda preocupación para los sectores económicos industrializados, quienes por la aplicación de estas normas podían ver frustradas sus expectativas productivas⁴⁵. Es por eso que desde entonces tales grupos han buscado la liberalización de la tutela ambiental, con algunos logros importantes, como las múltiples modificaciones que ha sufrido el Código del Medio Ambiente a fin de favorecer, se dice, «la inversión privada», «el desarrollo nacional», «la reinserción internacional».

Como ya lo hemos advertido, el Código del Medio Ambiente contenía una protección penal, que sin ser óptima, era bastante más adecuada que la del Código Penal vigente. Su derogación, primero tácita y luego expresa mediante el Decreto Legislativo N° 757, y consiguiente reemplazo por una simbólica, deficiente y desde ya frustrada normativa, puede ser vista como un triunfo más de los grupos económicos industrializados.

Es bastante común entre los periodistas decir que «la mejor ley de prensa es aquella que no existe». Aparentemente para los sectores industriales, la mejor ley de protección ambiental es una parecida y los delitos ambientales del Código Penal de 1991 forman parte de ella.

3. Ubicación sistemática general y en Código Penal

La opción de legislar los delitos ambientales como parte del Código Penal, prescindiéndose de otras propuestas doctrinales como la de incorporarlos junto con la regulación administrativa o como ley penal especial, creemos no ha respondido a motivaciones doctrinales como la del Código Penal Alemán de 1980⁴⁶. El legislador nacional tuvo más bien una motivación general, relacionada con el presunto carácter integral de la reforma penal de 1991, que buscaba terminar con el uso de las leyes especiales. De allí que el Código

45 Véase: Apoyo al Congreso. Servicio de Asesoría Económica. Año 1. N° 8. Especial sobre el Código del Medio Ambiente.

46 Efecto educativo, efecto preventivo-general, uniformización de criterios de tipificación, etc. Véase: TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de derecho penal económico (Comunitario, Español, Alemán). Barcelona, PPU 1993.

Penal, reflejando un ánimo omnicompreensivo, incorpore casi todos los delitos existentes.

No obstante, por ello se descuidó concordar los tipos penales con los preceptos administrativos, razón por la cual nosotros creemos más adecuado que una Ley General del Ambiente incorpore los preceptos administrativos en coordinación con los delitos ambientales.

La ubicación de los delitos contra el ambiente en un Título Especial (XIII) del Código Penal, revela el carácter autónomo que el legislador le otorga a estos ilícitos. De esta manera, se evitó confundir estos delitos, como sucede en la legislación comparada y en algunos proyectos nacionales, con los de seguridad pública, los delitos económicos o contra la salud pública. Ahora bien, de esta autonomía sistemática se deduce en buena cuenta el carácter especial del bien jurídico, lo que concuerda plenamente con los preceptos de la Constitución de 1993.

4. Denominación

La doctrina y la legislación comparada ofrecen varios términos para referirnos a los ilícitos estudiados: delitos contra los ecosistemas, contra el ambiente, contra los recursos naturales, contra la calidad de vida, contra los fundamentos o las condiciones naturales de vida, contra el medio ambiente, etc.

No obstante, el Código Penal Peruano denomina al Título XIII «delitos contra la ecología», de lo cual podría concluirse que estas conductas van en perjuicio de la ecología. Sin embargo, esta denominación es errónea en la medida que «ecología» no es sinónimo de ambiente, siendo esto último lo que en definitiva se busca amparar con las normas penales. En efecto, ya desde mediados del siglo XIX se viene empleando el término «ecología» para designar la disciplina que estudia las relaciones entre el hombre y el ambiente, siendo el biólogo alemán Ernst Haeckel el primero en usar dicho término en 1869.

De esta manera, resulta absurdo pensar en la existencia de delitos que puedan afectar una ciencia y de normas penales que busquen su protección. De otro lado, dentro del Título se incorpora el Capítulo Único con la denominación «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», lo cual de entrada constituye un sin sentido, por indicar que estos son parte o una expresión de los «delitos contra la ecología» a que se refiere el Título.

Por nuestra parte, preferimos la denominación «delitos contra el ambiente»⁽⁴⁷⁾, denominación que

abarca a los llamados «delitos contra los recursos naturales» y «contra el medio ambiente». Adicionalmente, creemos recomendable usar dicha denominación en el Título, omitiendo en todo caso cualquier mención en el capítulo.⁽⁴⁸⁾

5. El bien jurídico

El carácter aparentemente autónomo que el Código Penal formalmente le ha dado al bien jurídico, por su ubicación sistemática, podría ofrecer dudas si revisamos la estructuración típica.

En primer término, debemos advertir la existencia de una discordancia valorativa entre la connotación ecológica que tienen modernamente los delitos ambientales y el carácter socioeconómico que le otorgó la exposición de motivos⁽⁴⁹⁾ al señalar:

«El medio ambiente constituye un bien jurídico de carácter socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo. Los controles sociales extrapenales y una adecuada legislación administrativa al respecto, deberán operar junto al Código Penal.»

Este criterio de carácter marcadamente antropocéntrico contradice los postulados constitucionales de los textos de 1979 y 1993, que favorecen la tutela de otras formas de vida distintas a la humana. Esta contrariedad declarativa se debe a que el legislador elaboró la exposición de motivos, en esta parte, transcribiendo literalmente a Juan Bustos Ramírez, quien sólo hasta setiembre de 1991 consideró a los delitos ambientales como delitos económicos básicamente⁽⁵⁰⁾. En todo caso, de haberse llevado este criterio hasta sus últimas consecuencias, la ubicación de estos delitos en el Código Penal de 1991, estaría junto con los delitos económicos tal como lo hacía el proyecto de setiembre de 1984.

47 Al igual que el Título Veintiocho del Código Penal Alemán.

48 La sistemática podría ser la siguiente:
TITULO XIII
DELITOS CONTRA EL AMBIENTE
CAPITULO UNICO

49 Véase: Código Penal. Diaro Oficial «El Peruano». Edición Oficial. Separata Especial., p. 13, punto N° 11.

50 Véase: BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de derecho penal. Parte especial. 1° ed. Barcelona, Ariel 1986, p. 352. Este autor ha variado de criterio. Ahora considera al medio ambiente como un bien jurídico referido a la seguridad común. Véase: 2° ed. 1991, p. 260.

En segundo lugar, si tenemos en cuenta que el Código Penal fue promulgado durante la vigencia de la Constitución de 1979, se observará de una breve revisión de la morfología del título, que no todos los supuestos típicos configuran delitos contra el ambiente conforme al concepto del mismo que derivaba de la Carta Magna.

En tal sentido, los delitos de contaminación ambiental (artículo 304°), sus agravados (artículo 305°) y el supuesto de responsabilidad funcional (artículo 306°) son delitos contra el ambiente en sentido estricto. Los delitos de actividades fáunicas o forestales indebidas (artículos 308° y 309°) y el de daño forestal (artículo 310°) son específicamente contra los recursos naturales, concepto incluido en la noción de ambiente.

Sin embargo, además de estas figuras existen otras más bien vinculadas con el interés del Estado en desarrollar planificadamente el crecimiento urbano sin afectar determinadas áreas valiosas desde una perspectiva ambiental. En doctrina se les conoce como delitos contra la ordenación territorial, de manera que nuestro Código Penal incluye los siguientes: utilización indebida de tierras agrícolas (artículo 311°) y responsabilidad funcional (artículo 312°).

Asimismo, existe una figura híbrida que simultáneamente reviste características de delito contra la ordenación territorial y contra los recursos naturales. Se trata del delito de alteración del paisaje natural o urbano o rural o modificación de la flora o fauna (artículo 313°). Empero, como ya hemos señalado, la Constitución de 1979 excluía del concepto de ambiente la ordenación territorial. Sin embargo su similar de 1993 si lo incluye, por lo que estos delitos en la actualidad son verdaderos delitos contra el ambiente.

Por último, si resulta dudosa la ubicación del delito de eliminación de desechos (artículo 307°) en este título, pues conforme a su redacción se trata más bien de un delito contra la salud pública. En consecuencia, de considerarse que es un delito ambiental se superpondría al tipo básico de contaminación (artículo 304°), dado que en ambos la conducta típica se ejecuta manipulando «desechos» o «residuos».

6. Técnica legislativa

Dos son los aspectos más saltantes de la técnica legislativa empleada: el uso de normas penales en blanco y la utilización de fórmulas de peligro concreto o de daño principalmente.

6.1. Tipos penales en blanco

Si bien el uso de leyes en blanco constituye un acierto del legislador por la necesidad de vincular las normas penales y administrativas, la instrumentación de esta técnica ha sido absolutamente defectuosa.

De un lado, tratándose de los delitos de contaminación (artículo 304°) y de eliminación de desechos (artículo 307°), completa la descripción refiriéndose a las normas sobre protección ambiental. A su vez, al tratar los delitos de alteración del paisaje (artículo 313°) y uso indebido de tierras agrícolas (artículo 311°), completa el tipo con meros actos administrativos, lo que a su vez lo convierte en un tipo abierto. Por último, en los casos de responsabilidad funcional (artículos 306° y 312°) y daño forestal (artículo 310°) se refiere a las disposiciones legales. Junto con esta heterogeneidad de expresiones usadas para la determinación de las normas que deben completar la descripción típica, tenemos además que las normas administrativas están dispersas, de manera que pueden contraponerse entre ellas o ser desconocidas o simplemente no existir.

Por lo tanto, este uso de las normas penales en blanco atenta gravemente contra la garantía de la ley cierta derivada del principio de legalidad, junto con los principios de fragmentariedad, subsidiaridad y utilidad del derecho penal mínimo.

6.2. Delitos de peligro concreto y de lesión

Debido a los problemas de prueba de la causalidad y el carácter nocivo de las conductas que vulneran el ambiente, así como la masividad de los ataques y el carácter diferido del daño en muchas ocasiones, resulta más adecuado el uso de fórmulas de peligro abstracto. Sin embargo, el legislador nacional, haciendo caso omiso de ello ha usado principalmente fórmulas de peligro concreto y de lesión.

Así tenemos que los delitos de contaminación (artículo 304°) y sus agravados (artículo 305°) son tipos alternativos de peligro concreto y de lesión o daño. A su vez, los delitos de actividades forestales o fáunicas indebidas (artículos 308° y 309°), daño forestal (artículo 310°), utilización indebida de tierras agrícolas (artículo 311°, párrafo 1°) y alteración del paisaje (artículo 313°) son tipos de lesión. Los únicos casos en los que el legislador ha incorporado fórmulas de peligro abstracto son en los de responsabilidad funcional (artículos 306° y 312°), eliminación de desechos

(artículo 307°) y ofrecimiento de tierras agrícolas intangibles (artículo 311°, párrafo 2°).

Como es obvio, esto elimina por completo las posibilidades preventivas del derecho penal en esta materia, vulnerándose el principio recogido en el numeral 5° del artículo 1° del Código del Medio Ambiente, además del principio de utilidad de la intervención penal.

V. EL DELITO DE CONTAMINACION AMBIENTAL

Por su dañosidad social, en la legislación comparada el delito de contaminación constituye el delito ambiental por excelencia. Nuestro Código Penal lo tipifica en el artículo 304°, previendo además un conjunto de circunstancias agravantes en el artículo 305°. El legislador nacional ha utilizado la denominada «técnica unificada», pues incluye en un sólo tipo las diversas formas de atacar los sectores constitutivos del ambiente (aire, agua, suelo), lo cual es conveniente en tanto dispensa una tutela uniforme de dichos elementos. No obstante, en otras legislaciones, como la alemana e italiana, se prevé más bien, tipos específicos y separados para proteger el agua, el aire o el suelo.

1. Antecedentes

1.1. Artículo 304°

1.1.1. Párrafo primero

Extranjeros

- Código Penal Alemán: § 324 I, II y § 325 I(1), II, IV
- Código Penal Español: Artículo 347° Bis, párrafo 1°
- Código Penal Colombiano: Artículo 247°

Nacionales

- Proyecto de Código Penal de setiembre de 1984: Artículo 251°, párrafo 1°; artículo 274°, párrafo 1°
- Proyecto de Código Penal de agosto de 1985: Artículo 283°, párrafo 1°
- Proyecto de Código Penal de marzo-abril de 1986: artículo 263°, párrafo 1°
- Proyecto de Código Penal de julio de 1990: Artículo 267°, párrafo 1°
- Proyecto de Código Penal de enero de 1991: Artículo 298°, párrafo 1°
- Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales: Artículo 119°

1.1.2. Párrafo segundo

Extranjeros

- Código Penal Alemán: § 324 III y § 325 III
- Código Penal Español: Artículo 347° Bis, párrafo 1°

Nacionales

- Proyecto de Código Penal de setiembre de 1984: Artículo 251°, párrafo 2°
- Proyecto de Código Penal de agosto de 1985: Artículo 289°
- Proyecto de Código Penal de marzo-abril de 1986 : Artículo 270°
- Proyecto de Código Penal de julio de 1990: Artículo 267°, párrafo 2°
- Proyecto de Código Penal de enero de 1991: Artículo 298°, párrafo 2°

1.2. Artículo 305°

1.2.1. Numeral 1°

Extranjeros

- Código Penal Alemán: § 330 a I
- Código Penal Español: Artículo 347° Bis, párrafo 1°

Nacionales

- Proyecto de Código Penal de setiembre de 1984: Artículo 274°, párrafo 1°
- Proyecto de Código Penal de agosto de 1985: Artículo 283°, párrafo 1°
- Proyecto de Código Penal de marzo-abril de 1986: Artículo 263°, párrafo 1°
- Proyecto de Código Penal de julio de 1990: Artículo 268°, numeral 1°
- Proyecto de Código Penal de enero de 1991: Artículo 299°, numeral 1°
- Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales: Artículo 119°, literal «c»

1.2.2. Numeral 2°

Extranjeros

- Código Penal Español: Artículo 347° Bis, párrafo 3°

Nacionales

- Proyecto de Código Penal de agosto de 1985 : Artículo 283°, párrafo 3°
- Proyecto de Código Penal de marzo-abril de 1986 : Artículo 263°, párrafo 3°
- Proyecto de Código Penal de julio de 1990 : Artículo 268°, numeral 2°
- Proyecto de Código Penal de enero de 1991 : Artículo 299°, numeral 2°
- Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales: Artículo 119°, literal «b»

1.2.3. Numeral 3°

Extranjeros

- Código Penal Alemán: § 327
- Código Penal Español: Artículo 347° Bis, párrafo 2°

Nacionales

- Proyecto de Código Penal de agosto de 1985 : Artículo 283°, párrafo 1°
- Proyecto de Código Penal de marzo-abril de 1986: Artículo 263°, párrafo 2°
- Proyecto de Código Penal de julio de 1990: Artículo 268°, numeral 3°
- Proyecto de Código Penal de enero de 1991: Artículo 299°, numeral 3°
- Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales: Artículo 119°, literal «a»

1.2.4. Numeral 4°

Nacionales

- Proyecto de Código Penal de marzo-abril de 1986: Artículo 263°, párrafo 1°
- Proyecto de Código Penal de julio de 1990: Artículo 268°, numeral 4°
- Proyecto de Código Penal de enero de 1991: Artículo 299°, numeral 4°

1.2.5. Último párrafo (literales «a» y «b»)

Extranjeros

- Código Penal Alemán: § 329 IV (2)

Nacionales

- Proyecto de Código Penal de setiembre de 1984: Artículo 274°, párrafo 4°
- Proyecto de Código Penal de agosto de 1985 : Artículo 283°, párrafo 1°
- Proyecto de Código Penal de marzo-abril de 1986 : Artículo 263°, párrafo 2°
- Proyecto de Código Penal de julio de 1990 : Artículo 268°, último párrafo
- Proyecto de Código Penal de enero de 1991 : Artículo 299°, último párrafo

2. Tipo básico

«**ARTÍCULO 304°.**- El que, infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de una ni mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

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

Los elementos típicos del delito de contamina-

ción, están descritos en el tipo básico del artículo 304° del Código Penal. El análisis dogmático que seguidamente realizamos, se basa en la teoría finalista de la acción.⁽⁵¹⁾

2.1. Tipo objetivo

2.1.1. Sujeto activo

No cabe duda que se trata de un delito común («El que»). Sin embargo, consideramos que el agente debe ejecutar el ilícito en el marco de una actividad económica, necesariamente. El Código Penal ha suprimido la mención expresa al marco circunstancial de la actividad en que se produce la contaminación, como lo hacían los proyectos de 1990 y 1991⁽⁵²⁾, y el Código del Medio Ambiente⁽⁵³⁾. No obstante, a pesar de tal supresión, el sujeto activo debe realizar una actividad económica. Esta afirmación tiene dos fundamentos.

En primer término, la introducción de los valores-límite de emisión en la descripción típica sólo

51 Para ésta teoría, la conducta penalmente relevante es aquella que se realiza con una dirección final, esto es, el agente ejecuta sus actos dirigiéndolos causalmente hacia un fin determinado. En tal sentido, la acción en sentido jurídico-penal no es un simple acto objetivo de causación como lo conceptualiza el causalismo (clásico y neoclásico o valorativo), sino que tiene además elementos subjetivos constituidos por la finalidad del autor. En tal sentido, se ha señalado que el finalismo equipara la acción penalmente importante con la acción en sentido óntico o real. Con esto no pretendemos revivir la vieja, y pocas veces fructífera, discusión entre finalistas y causalistas, sino simplemente señalar puntualmente nuestra posición al respecto. Por lo demás, la consideración de que la acción jurídico-penal incorpora elementos subjetivos no es privativa del finalismo, sino compartida por varios seguidores de la Teoría de los Elementos Negativos del Tipo. En todo caso, el causalismo, el finalismo y la teoría neo-kantiana de elementos negativos del tipo, en el fondo no son más que esquemas dogmáticos-teóricos que sirven para explicar el delito jurídicamente, constituyen diferentes interpretaciones de un mismo fenómeno. Por ello, la discusión alrededor de estas no debe sobrevalorarse. En el Perú, el causalismo es la doctrina más difundida entre los operadores del derecho e incluso en algunos medios académicos. A partir de la década de los 80, el finalismo ha ido cobrando mayor cantidad de adeptos, entre ellos: Felipe Villavicencio Terreros, Raúl Peña Cabrera, José Hurtado Pozo (antes causalista), Víctor Prado Saldarriaga, Luis Bramont Arias (antes causalista). La teoría de los elementos negativos es trabajada por: César San Martín Castro y Roger Yon Ruesta, ambos profesores de la Universidad Católica del Perú. Ahora bien, la consecuencia práctica más evidente de nuestra opción finalista se refleja en la estructura del tipo penal, el cual tiene tanto elementos objetivos como subjetivos (dolo).

52 Ambos proyectos (1990: artículo 267. 1991: artículo 298) señalaban en relación al sujeto activo: «El que, en ejercicio de cualquier actividad...»

53 Artículo 119: «El que...con ocasión del funcionamiento de una industria o cualquier otra actividad...»

puede referirse a actividades económicas permanentes, como el caso de la industria. Dicho de otro modo, la exigencia típica de superar los límites de tolerabilidad sólo tiene sentido en el marco de dichas actividades. En segundo lugar, la propia exposición de motivos señala que «toda actividad humana es contaminante por sí misma máxime si es industrial... el Código Penal precisa que el acto contaminante debe pasar los límites establecidos para que sea delito»⁽⁵⁴⁾. Con ello, el legislador, al incriminar la contaminación ambiental, quiso referirse a la actividad industrial particularmente. Por lo tanto, sujeto activo puede serlo cualquiera que ejerza una actividad económica, principalmente industrial.

2.1.2. Sujeto pasivo

En general, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico, pudiendo o no coincidir con el sujeto sobre el cual recae la acción típica. Tratándose de los delitos ambientales no existe coincidencia.

De este modo, sujeto pasivo del delito de contaminación lo es la colectividad en general, la cual es titular del interés en la conservación de un ambiente equilibrado. Por esta pluralidad e indeterminación de los afectados, entre otras razones, se señala que el ambiente es un bien jurídico difuso. Esta consideración puede generar serios problemas de carácter procesal, tales como la determinación de la legitimidad para constituirse en parte civil con miras a perseguir el delito y en su

caso reclamar la reparación civil.

Diferente es la consideración de los sujetos sobre los que recae la acción típica, ellos son los que sufren directamente el acto contaminante, y junto con el resto de la colectividad son sujetos pasivos del ilícito.

2.1.3. Conducta típica

El tipo básico indica que la conducta consiste en

contaminar vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza, de manera que contraviniéndose las normas de protección ambiental se supere los límites tolerables, causando peligro o daño a la flora, fauna y recursos hidrobiológicos.

2.1.3.1. Contaminar y verter

No se sanciona toda forma de contaminación sino sólo aquellas realizadas mediante vertimiento. Esta es la primera limitación del tipo penal. En efecto, el verbo «contaminar» es omnicompreensivo⁽⁵⁵⁾ de conductas, pudiendo generar una indeterminación atentatoria contra la garantía de la «ley cierta» derivada del principio de legalidad.

De esta forma, se señala que contaminar es el acto de lograr la presencia en el ambiente de uno o más contaminantes, o de cualquier combinación de ellos, en concentraciones o niveles capaces de comprometer, perjudicar o incomodar la vida, la salud o bienestar humanos; atentar contra la vida, integridad o desarrollo de la flora o la fauna; degradar o deteriorar la calidad del aire, del agua, del suelo o de otros componentes básicos del ambiente; causar daño en los bienes privados, públicos o comunes o interferir negativamente en cualquier uso legítimo que pueda hacerse de ellos.⁽⁵⁶⁾

Ahora bien la norma penal restringe los alcances del acto contaminador sólo a aquellos realizados a través de «vertidos». Para definir el significado de «verter», la doctrina parte del significado gramatical del término, según su acepción en el Diccionario de la Real Academia. Así, verter significa derramar o vaciar líquidos y cosas menudas, como sal, harina, etc.⁽⁵⁷⁾. No obstante, actualmente la doctrina va más allá e incluye fenómenos que en un primer sentido gramatical no englobaría la noción de «verter», para lo que no hay obstáculo tanto desde el análisis de la parti-

54 "Código Penal." Edición Oficial. En: Diario Oficial «El Peruano». Separata Especial, p. 13, punto N° 11.

55 RAMIREZ BASTIDAS, Yesid. «El delito ecológico.» En: Derecho Penal y Criminología. Vol. III, N° 44, mayo-agosto. (Bogotá 1991) p. 99.

56 Véase: ACHIDAM. Carta de Costa Brava. Anexo A. Sobre el concepto de contaminar, resulta ilustrativa la elaboración del anteproyecto de Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales del año 1986, el cual lo definía como «la adición de cualquier sustancia o elemento (sólido, gaseoso, líquido u otro) o formas de energía (calor, ruido, radioactividad) al medio ambiente, en cantidades superiores a ciertos niveles permisibles o cualquier variación en sus componentes y características que afectan la vida, la salud o bienestar humano, la flora, la fauna y los bienes o recursos en general».

57 BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de derecho penal. Parte especial. 2ª ed. Barcelona, Ariel, 1991, p. 261.

cular normativa administrativa⁽⁵⁸⁾, como desde el uso común del lenguaje⁽⁵⁹⁾. De éste modo, se habla, por ejemplo, del «vertido de miles de toneladas de residuos radiactivos por los ingleses en la llamada fosa atlántica»⁽⁶⁰⁾. Sin duda, la referencia a que los vertidos pueden ser de «residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza», supone una apertura del referido significado gramatical a nuevos fenómenos.⁽⁶¹⁾ En consecuencia, el legislador no incrimina cualquier acto de contaminación en general, sino tan sólo los que implican verter. Sin embargo, ha omitido, por considerarlo obvio seguramente, toda referencia al lugar en donde debe producirse o verificarse el vertido, a diferencia de los proyectos de 1985, 1986, 1990 y 1991 y el Código del Medio Ambiente, que hacían expresa mención a que la descarga de los residuos debía realizarse en los elementos médiates del ambiente: aguas (superficiales y subterráneas), atmósfera y suelos. En todo caso, tal omisión no es esencial, pues vertido es el «residuo arrojado al aire, a las aguas⁽⁶²⁾, o al suelo»⁽⁶³⁾.

2.1.3.2. Residuos

Se precisa que la conducta típica contaminadora se realice vertiendo «residuos sólidos, líquidos, gaseoso o de cualquier otra naturaleza». Con ello, se efectúa una nueva restricción de los actos incriminados. Si bien se incluye, con aparente criterio amplio, todo tipo de residuos, el problema radica en que no sólo se puede contaminar vertiendo residuos, sino también mediante otras sustancias.

En efecto, la expresión «residuo» significa desperdicio, se refiere a un objeto carente de valor económico producto de una actividad humana. Así por ejemplo los residuos sólidos son definidos como los materiales generados en las actividades de producción, transformación y consumo, que no ha alcanzado en el contexto en que son generados ningún valor económico⁽⁶⁴⁾. Pero la opción del

Código Penal es sumamente limitativa. El tipo excluye el vertido de todo otro material que sin ser idóneo o apto para contaminar, por no ser residuo, puede adquirir potencialidad contaminante por su uso o manipulación inadecuada. Pensemos, por ejemplo, en la contaminación por productos finales o insumos industriales como hidrocarburos, materias peligrosas (venenos, plaguicidas, radiaciones ionizantes, energía nuclear, etc.). Consciente de esta situación, el legislador del Código del Medio Ambiente omitía toda referencia, asumiendo que cualquier sustancia o elemento resultaba potencialmente contaminante, dependiendo de los factores cualitativos o cuantitativos del caso. A cambio, optaba por calificar las acciones humanas que pueden causar contaminación, como las descargas, emanaciones, filtraciones o vertimientos.

Como quiera que sea, el Código Penal descarta la contaminación odorífica, energética o sonora, actos que se inscribirían en otros tipos penales, como el caso de la liberación de energía que es un delito contra la seguridad pública (artículo 273°), así como la producción de ruidos molestos que configura falta contra la tranquilidad pública (artículo 452°, numeral 6°).

2.1.3.3. Elementos normativos

En cuanto a los elementos normativos de la conducta típica, el legislador ha establecido dos: la exigencia de que la actividad contaminante infrinja las normas de protección ambiental y la superación de los límites autorizados. El fundamento de la presencia de estos elementos radica en el carácter secundario del derecho penal, pues sólo debe servir de refuerzo a la regulación administrativa, como en la exigencia de fragmentariedad que impide sancionar las conductas que no causan mayor dañosidad social.⁽⁶⁵⁾

a. Infracción de las normas sobre protección del medio ambiente

Partiendo de que esta exigencia hace del tipo una norma penal en blanco, la delimitación de cual es el contenido de esta expresión no es tarea sencilla pues pasa por diluir cuatro interrogantes fundamentales: ¿Cuáles son las condiciones que debe reunir la ley penal en blanco?⁽⁶⁶⁾ ¿Cuáles son las

58 Véase: artículo 15° del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.

59 BOIX REIG, o. c., p. 384, citando a Rodríguez Ramos.

60 RODRIGUEZ DEVESA, o. c., p. 1107.

61 BOIX, o. c., p. 384.

62 El concepto de «aguas» comprende no sólo las aguas superficiales y subterráneas sino todas las modalidades del artículo 4° del Decreto Ley N° 17752, Ley General de Aguas, además del dominio marítimo del artículo 54° de la Constitución.

63 Véase el glosario incluido. En: SEOANEZ CALVO, RODRIGUEZ RAMOS. La contaminación ambiental. Nuevos planteamientos técnicos y jurídicos. 1978, p. 565 y ss.

64 Véase: CERDA, Rodrigo. Ecomanual del reciclaje comuni-

tario. Chile, Instituto de Ecología Política, 1993.

65 No obstante estos fundamentos, el proyecto de setiembre de 1984, siguiendo el modelo colombiano de 1980, estableció una tipificación aislada de las regulaciones administrativas.

66 En la doctrina española y alemana existen sectores doc-

condiciones que deben reunir las disposiciones complementarias? ¿Cuáles son en la actualidad tales disposiciones complementarias? ¿Cuáles son los órganos competentes para expedir dichas disposiciones?

a.1 En relación a la primera cuestión, se discute la compatibilidad entre el uso de la técnica legislativa de las leyes penales en blanco y los principios constitucionales de legalidad y reserva. No obstante, la accesoriadad de las normas administrativas, esto es la remisión a ellas, resulta inevitable, principalmente, por su amplitud y variabilidad⁽⁶⁷⁾. Esto no equivale a afirmar su uso indiscriminado y/o arbitrario. Esta técnica sólo debe instrumentarse en casos imprescindibles como el de la protección ambiental, dada las peculiaridades de la materia como de las normas extrapenales. Asimismo, una vez acordado su uso, éste no puede ser libre, sino más bien reglado a fin de respetar los principios de legalidad y de reserva. En esta línea de pensamiento, las exigencias mínimas que debe cumplir la ley penal en blanco (los tipos penales ambientales en este caso) han sido expuestas claramente por Enrique Cury⁽⁶⁸⁾: la determinación de la conducta (la acción u omisión, el bien jurídico, elementos subjetivos del tipo, se excluye el uso de los tipos de desobediencia o contravención pura), la determinación de la pena, la determinación del reenvío (la ley en blanco debe remitirse a una o más normas complementarias determinadas y no a una regulación de extensión variable), requisitos relativos a la instancia legislativa a que se dirige el reenvío (debe ser de carácter nacional, el complemento no puede ser una orden que obligue la conducta de un sujeto en un caso concreto⁽⁶⁹⁾,

trinales que interpretan que expresiones como «infracción de las normas ambientales», «ilícitamente», «ilegalmente» o parecidas, prejuzgan la antijuricidad del acto refiriéndose a la ausencia de causas de justificación. Otros entienden estas frases como condiciones objetivas de punibilidad. Nosotros consideramos que la técnica usada por el legislador es el de la ley penal en blanco. Las referencias a la inobservancia de las disposiciones extrapenales constituyen elementos del tipo, particularmente de la conducta conminada.

67 Se admite por ello el llamado reenvío dinámico, consistente en que la norma integradora o complementaria del tipo penal en blanco sea variable.

68 CURY URZUA, Enrique La ley penal en blanco. Colombia, Témis, 1988, pp. 68-87.

69 Con ello se hace referencia a los actos administrativos. Tales actos son expresión de las funciones fiscalizadoras del Estado, imprescindibles en un modelo de gestión am-

si puede serlo una ley extranjera o normas internacionales).

Ahora bien, el tipo penal de contaminación que analizamos, cumple con describir la conducta y la pena conminada, omitiendo gravemente la determinación precisa de las normas a las que se remite⁽⁷⁰⁾, refiriéndose en general a las «normas sobre protección del medio ambiente». Esto genera un grave problema por la falta de claridad del tipo, máxime en un país como el Perú en que la normatividad con relevancia ambiental es extensa⁽⁷¹⁾ e inorgánica, atentándose de ésta forma contra la garantía de la «ley cierta» derivada del principio de legalidad, el cual tiene rango constitucional (artículo 2º, numeral 24º, literal «d») y legal (artículo II del Título Preliminar del C.P.), y obliga al legislador a redactar la ley penal de la manera más clara y específica. De otra parte, al no haberse especificado con precisión en el tipo la clase de norma a la que se remite, aunque con ello excluye de por sí los actos administrativos, aparentemente la instancia a la que se dirige el reenvío puede ser cualquiera que tenga facultades normativas en materia ambiental. Con ello, instituciones públicas sin competencia nacional, como

biental coordinado, pudiendo expresarse en el otorgamiento de licencias, inspecciones, sancionando, etc. Ante tal uso generalizado y necesario, es necesario definir qué actos administrativos pueden completar la descripción de la ley penal en blanco. Tratándose de los denominados actos discrecionales, es decir aquellos en los que la administración decide conforme a su conveniencia, dicha posibilidad está vedada. Por el contrario, los actos administrativos reglados, los que se dan en aplicación de una normatividad previa a la que está sujeta la administración, pueden integrarse al tipo en blanco. Véase: BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de derecho penal español. Parte general. 2ª ed. Barcelona, Ariel, 1989.

En el Perú esta distinción puede resultar superflua debido a la arbitrariedad que caracteriza a toda la administración pública, pese a lo cual la remisión a sus actos, en la formulación del tipo, parece inevitable. En todo caso, el reenvío a actos discrecionales es impensable, admitiéndose por excepción en los reglados, cuya legalidad podrá presumirse tan solo «iuris tantum».

70 Como si lo hace por ejemplo el Código Penal Alemán en el § 330 d, al indicar específicamente las leyes a las que se remite. Con un criterio más general, el artículo 8º de la Ley Penal del Ambiente de Venezuela (1992) señala que las normas complementarias deben constar en una ley, reglamento del Ejecutivo Nacional, o en un decreto aprobado por el Consejo de Ministros y publicado en la Gaceta Oficial sin que sea admisible un segundo reenvío.

71 Según un inventario realizado por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, entre 1904 y 1991 se identificó más de 1,200 normas de protección del ambiente y más de 6,000 con relevancia ambiental.

las regiones y municipalidades⁽⁷²⁾, tendrían verdaderas facultades para completar el tipo penal, lo que resultaría atentatorio del principio de igualdad ante la ley⁽⁷³⁾. Por nuestra parte, no sólo admitimos la capacidad normativa de estos órganos para completar las leyes penales, sino que adicionalmente lo consideramos recomendable por el rol fundamental que a ellos corresponde en un modelo de gestión ambiental holístico y sistémico. Asimismo, abona esta tesis la diversidad de necesidades de protección del ambiente en los distintos espacios geográficos, pues precisamente en las cuestiones ambientales se suele admitir la diferencia locacional⁽⁷⁴⁾.

A su vez, los eventuales problemas de descoordinación y heterogeneidad entre estos órganos, pueden superarse progresivamente con la puesta en funcionamiento del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), organismo descentralizado dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros creado mediante la Ley N° 26410, publicada el 22 de diciembre de 1994. Conforme a dicha norma el CONAM aspira a ser el órgano rector de la política nacional ambiental, teniendo por finalidad planificar, promover, coordinar, controlar y velar por el ambiente y el patrimonio natural de la Nación (artículo 2°).

a.2 La segunda cuestión que nos aboca se relaciona con las condiciones que deben cumplir las disposiciones complementarias que se integran al tipo penal en blanco. Sobre ello existen algunas consideraciones, que pueden resumirse en : la admisión excepcional de los actos administrativos reglados, cuya presunción de legalidad es «*iuris tantum*»; y que las disposiciones pueden ser expedidas por un órgano nacional, regional o local, con normas de esos alcances, incluyendo las de derecho internacional.

72 Véase los artículos 188° y ss. de la Constitución.

73 Problema similar existe en España en relación a las Comunidades Autónomas. Véase: CASABO RUIZ, José. «La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente.» En: Estudios Penales y Criminológicos. Universidad de Santiago de Compostela N° V (España, 1982) p. 235 y ss. PRATS CANUT, José Miguel. «Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente.» En: Protección penal del medio ambiente. España, 1991, pp. 65 y 66.

74 CONDE-PUMPIDO TOURON, o. c., pp. 24 y 25. En igual sentido: RODRIGUEZ RAMOS.

Ahora bien, Enrique Cury⁽⁷⁵⁾ ha precisado además las siguientes exigencias aplicables a las disposiciones complementarias: determinabilidad (deben formularse de manera que, conjuntamente con la ley penal en blanco, describa el hecho mandado o prohibido de tal modo que, al conocerlas, un hombre común sepa precisamente lo que debe hacer o no hacer para evitar la imposición de una pena), subordinación a la ley penal en blanco (en sentido formal: sólo debe precisar los límites del tipo, no ampliarlo; en sentido material : sólo debe orientarse a tutelar el mismo bien jurídico que la norma penal), prohibición del segundo reenvío (no pueden a su vez remitir a otra norma la función de completar el tipo).

a.3 En tercer término, la delimitación de cuáles son en la actualidad todas las «normas de protección del medio ambiente» relacionadas con la contaminación, se ve dificultada por la ausencia de un inventario actualizado y clasificado de las mismas⁽⁷⁶⁾, a lo cual se suma la dispersión y desorden en la materia por la multiplicidad de dependencias administrativas que expiden regulaciones con relevancia ambiental. Sin embargo, es posible encontrar algunas pistas al respecto. Más importante que presentar una lista exhaustiva de las normas en referencia, dada su variabilidad y fácil desactualización, es detallar algunos rasgos permanentes que sirvan para la identificación de las mismas. De este modo, el tipo penal se refiere a «normas», es decir sólo a aquellos enunciados jurídicos impersonales (emanados por la naturaleza de las cosas y no de las personas), generales (se dirigen a un número indeterminado de personas) y abstractos (regulan conductas y no situaciones o hechos específicos), con lo cual se excluye la posibilidad de completar el tipo con actos administrativos.

De otra parte, las normas deben referirse a la «protección del medio ambiente». Sobre esto debe realizarse dos precisiones: la incorporación de normas prohibitivas y de mandato en el concepto, y su relación con los «límites establecidos» a que se refiere el tipo penal.

Efectivamente, se suele señalar que, en estricto, el concepto de «normas de protección

75 CURY, o. c., pp. 88-99.

76 Esta labor es permanente en algunas ONGs como la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental y Proterra.

del medio ambiente» sólo abarcaría aquellas que restringen o prohíben determinadas acciones en defensa del ambiente, como por ejemplo, veda de especies de flora y fauna, prohibición de internar residuos tóxicos, etc.⁽⁷⁷⁾. Empero, debe precisarse al respecto dos asuntos, que dicha dualidad (normas restrictivas y prohibitivas) no es tal desde que también las restricciones constituyen prohibiciones, aunque relativas, por lo que en ambos casos nos encontramos frente a normas prohibitivas. El otro asunto consiste en negar que sólo existan normas prohibitivas y evidenciar la existencia de normas de mandato, es decir aquellas que imponen un deber positivo de actuar bajo determinadas circunstancias. De considerarse lo contrario habría que concluir en la imposibilidad legal de cometer el delito de contaminación por omisión impropia o «comisión por omisión» según la denominación de un sector doctrinal, lo cual creemos es inconveniente desde una perspectiva tuitiva del ambiente.

En tal orden de ideas, el derecho puede proteger el ambiente mediante normas que prohíban conductas contaminantes, las que de ser infringidas dan lugar a un delito comisivo. Sin embargo, la protección también se instrumenta a través de normas de mandato que obligan a verificar una conducta determinada, así, existen deberes genéricos dirigidos a todos los ciudadanos, como el deber de conservar el ambiente (artículo I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente). También hay deberes específicos que ponen al sujeto en una posición de garante, es decir en la obligación jurídica de impedir un resultado dañino o peligroso para un bien jurídico, que en el caso de la contaminación puede tener como sustento el llamado «deber de vigilancia de una fuente en peligro por el ámbito de dominio», que comprende los deberes de garante que emanan de quien posee el dominio de una fuente en peligro⁽⁷⁸⁾. Como ejemplo de dichos deberes puede señalarse el caso del empleado, director o gerente de una empresa industrial que sin realizar vertidos, omite sin embargo tomar las previsiones para evitar la contaminación o impedir que esta se prolongue. Estos casos que son frecuentes en nues-

tro medio pueden ser sancionados recurriendo a la fórmula de la omisión impropia del artículo 13° del Código Penal.

Por lo tanto, el concepto de «normas sobre protección del medio ambiente» incluye preceptos prohibitivos y de mandato, la infracción de los primeros da lugar a delitos comisivos, mientras que la de los otros a delitos de omisión impropia.

Por otra parte, la relación entre estas normas y la referencia del tipo a los «límites establecidos», puede dar lugar a dos interpretaciones: una restringida, de manera que el tipo sólo se estaría refiriendo a los normas que regulan los límites de tolerabilidad; y otra amplia que entienda que la mención a tales normas van más allá. Con lo expuesto en los párrafos anteriores ya hemos tomado posición al respecto. Los límites de tolerabilidad tienen sentido en un contexto de prohibiciones, siendo el caso que el tipo penal se refiere también a normas de mandato por lo que la interpretación amplia es la correcta.

Ahora bien, con los criterios expuestos puede señalarse además que la forma de las «normas sobre la protección del medio ambiente» pueden en teoría tener rango constitucional, aunque actualmente no existe alguna referida a la contaminación propiamente dicha. Asimismo, pueden tener rango legal: Tratados⁽⁷⁹⁾, Leyes, Decretos Legislativos, Decretos Leyes, Ordenanzas Municipales, Normas Regionales; o rango reglamentario: Decretos Supremos⁽⁸⁰⁾.

79 En el modelo de la Constitución de 1979 todos los tratados sobre derechos humanos, entre ellos los de carácter ambiental, tenían rango constitucional. Esta consideración expresa ha sido suprimida en el texto de 1993, no obstante lo cual, al permitirse iniciar acción de inconstitucionalidad contra los tratados (artículo 200°, numeral 4), implícitamente se le habría otorgado rango legal. Ahora bien, es posible realizar una interpretación principista que reivindique la máxima jerarquía de estos dispositivos, pero seguramente no pasará de tener los mismos efectos declarativos.

80 Las normas más importantes relacionadas con el tipo penal de contaminación son las siguientes:

Ley N° 14084 del 08 de Junio de 1962.

Ley para el control de establecimientos contaminantes. Disposición para el control de establecimientos de productos químicos, fábricas de harinas de pescado y, en general, todas las fábricas, talleres, así como cualquier actividad que por sus características o la naturaleza de sus operaciones, sean o no de orden fabril, en cualquier forma contaminen la atmósfera, playas, desagües, ríos, lagos, propiedad privada o pública, con daño a la salud, comodidad de la población o detrimento ecológico de un área dada, o de un recurso natural específico.

77 CHIRINOS ARRIETA, Carlos. Legislación penal sobre ambiente. Lima, versión mimeo 1991.

78 VILLAVICENCIO TERREROS, o. c., pp. 282 y 283.

a.4 En cuarto lugar, la cuestión relativa a los órganos competentes para expedir normas sobre protección del ambiente también resulta de difícil abordamiento, sobre todo por la gran dispersión de competencias sobre temas de relevancia ambiental, como por la ausencia, en la práctica de una autoridad ambiental de carácter nacional, pese a la reciente creación del CONAM. A esto de por sí problemático, se suma además la ausencia de coordinación, de manera que cada entidad,

salvo excepciones, suele operar aisladamente sin tener en cuenta muchas veces el desarrollo de las otras, lo que en resumen nos permite hablar de la ausencia de gestión ambiental en el Perú.

Por lo expuesto en este apartado, no cabe duda que los innumerables problemas de ésta antitécnica, inservible e inconstitucional⁽⁸¹⁾ instrumentación de la ley penal en blanco no tendrá otra

Ley N° 23407, Ley General de Industrias, artículo 103°.

«Artículo 103°.- Las empresas industriales desarrollarán sus actividades sin afectar el medio ambiente ni alterar el equilibrio de los ecosistemas, ni causar perjuicio a las colectividades, en caso contrario las empresas industriales están obligadas a trasladar sus plantas en un plazo no mayor de cinco años bajo apercibimiento de sanciones administrativas o de otra naturaleza.»

Decreto Supremo N° 007-85-VC del 15 de Febrero de 1985.

Reglamento de la Ley Orgánica de Municipalidades sobre Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente. Capítulo IX De los Gobiernos Locales y el Medio Ambiente. Artículos 53, 54, 55°.

«Artículo 53°. Los Municipios emitirán y aplicarán ordenanzas, resoluciones, edictos o acuerdos y reglamentos para el control y corrección de los problemas de contaminación ambiental y afectación del espacio urbano y rural. Artículo 54°. Los Municipios harán cumplir las normas e impondrán las sanciones del caso, aplicando de ser necesario los procedimientos coactivos de Ley o solicitando el apoyo de organismos competentes y de la fuerza pública para hacer efectivas las prohibiciones o restricciones de las actividades que:

- a) Deterioran el aire, el agua, suelo y subsuelo, flora y fauna, riberas marítimas, fluviales y lacustres, en desmedro de la calidad de vida y de la seguridad de bienes y personas.
- b) Originen ruidos molestos o nocivos.
- c) Atenten contra el paisaje urbano.
- d) Afecten la seguridad vial.
- e) Atenten contra la integridad del patrimonio histórico-monumental y paisajístico.
- f) Realicen una inadecuada disposición de efluentes sólidos, líquidos y gaseosos de cualquier origen.
- g) Ejecuten, al margen de las normas de seguridad, la manipulación, transporte, almacenamiento y expendio de material peligroso.
- h) Ejecuten actividades industriales y de servicios sin adoptar las medidas de seguridad necesarias tanto para los trabajadores como para el vecindario.
- i) Emitan o produzcan radiaciones nocivas.
- j) Contribuyan innecesariamente a la reducción de tierras de cultivo de alto valor agrológico.
- k) Localicen o amplíen asentamientos humanos en lugares insalubres y sin las condiciones de seguridad física, o contribuyan a la tugurización urbana.
- l) Produzcan daños en los sistemas de servicios urbanos.»

Artículo 55°.

Decreto Ley N° 17752 del 24 de Julio de 1969.

Ley General de Aguas: de los delitos, faltas y sanciones de la Jurisdicción Administrativa. Artículos 22° y 25°.

«Capítulo II

De la Preservación

Artículo 22°.- Está prohibido verter o emitir cualquier residuo sólido, líquido o gaseoso que pueda contaminar las aguas causando daños o poniendo en peligro la salud humana o el normal desarrollo de la flora o fauna o comprometiendo su empleo para otros usos. Podrán descartarse únicamente cuando:

- a. Sean sometidos a los necesarios tratamientos previos,
- b. Se compruebe que las condiciones del receptor permitan los procesos naturales de purificación,
- c. Se compruebe que con su lanzamiento submarino no se causará perjuicio a otro uso, y
- d. En otros casos que autorice el Reglamento.

La autoridad sanitaria dictará las providencias y aplicará las medidas necesarias para el cumplimiento de la presente disposición. Si no obstante, la contaminación fuere inevitable, podrá llegar hasta la revocación del uso de las aguas o la prohibición o la restricción de la actividad dañina.

Artículo 25°.- Cuando la Autoridad Sanitaria compruebe la contravención de las disposiciones contenidas en este Capítulo podrá solicitar a la Autoridad de Aguas la suspensión del suministro mientras se realizan los estudios o trabajos que impidan la contaminación de las aguas.»

Decreto Supremo N° 939-73-AG del 12 de Noviembre de 1973.

Aprueba Reglamento de Título IX del Decreto Ley N° 17752 Ley General de Aguas referente a la extinción de los usos y de los actos punibles en materia de aguas.

Decreto Supremo N° 261-69-AP del 12 de Diciembre de 1969, Reglamento de los Títulos I, II y III de la Ley General de Aguas.

Título Segundo: De la Conservación y Preservación de las Aguas.

Capítulo I: De la Conservación, artículos 43° al 55.

Capítulo II: De la Preservación, artículos 56° al 67°.

Capítulo III: De la Autoridad Sanitaria y sus Atribuciones, artículos 68° al 80°.

Capítulo IV: De la Clasificación de los Cursos de Agua y de las Zonas Costeras del País, artículos 81° y 82°.

Decreto Legislativo N° 757 del 13 de noviembre de 1991, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, art 52°.

Decreto Legislativo N° 613, del 07 de setiembre de 1990, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, artículos 14° y 15°.

Resolución Ministerial N° 478-94-PE, del 16 de diciembre de 1994, fijan límites de emisión de desechos al medio ambiente marino para la actividad pesquera de consumo humano indirecto.

81 Infringe principalmente la garantía de la ley cierta derivada del principio constitucional de legalidad (artículo 2°, numeral 24° de la Constitución).

consecuencia que entorpecer la aplicación de la norma penal con la consiguiente impunidad de los grandes contaminadores.

b. Superar los límites de tolerabilidad

La introducción del criterio de los valores-límite genera el problema de definirlos y el de precisar su funcionalidad en el tipo.

Se entiende por valores-límite a un conjunto de criterios técnico-cuantitativos cuyos límites no deben ser rebasados por el titular de una licencia o permiso administrativo que lo autoriza a verter en el marco de una actividad económica. Su finalidad en el derecho penal ambiental es delimitar de la manera más objetiva posible el ámbito de contaminación en el que el agente puede actuar sin cometer delito. Quien contamina por debajo de los límites permitidos no actúa al amparo de una causa de justificación⁽⁸²⁾, simplemente ejecuta un acto atípico objetivamente.

Estos valores-límite de ordinario se formulan mediante tablas generales y unificadas para ce-

rrar el tipo, o también a través del control administrativo. Sin embargo en el Perú, la frase «límites establecidos», es desde el punto de vista ambientalista, bastante ociosa puesto que en la actualidad casi no se ha establecido límite alguno por parte de las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las normas sobre medio ambiente.

Los únicos entes que se han acercado a tal determinación son la Dirección General de

Salud Ambiental a través de los informes técnicos que realiza y que se refieren a una situación en concreto, y el sector Minería. En los otros

casos, en algunos sectores, como el de hidrocarburos, existen proyectos pendientes de discusión y aprobación. Hasta la actualidad, el único sector que cuenta con límites de tolerabilidad definidos es el pesquero, al haberse precisado los límites permisibles de emisión de desechos al ambiente marino por la actividad pesquera de consumo humano indirecto, a través de la Resolución Ministerial N° 478-94-PE, publicada el 16 de diciembre de 1994.

Frente a esta situación de imposibilidad, en la mayoría de los casos, de completar la descripción del tipo, se ha propuesto como alternativas el recurrir a informes periciales⁽⁸³⁾. Empero, esta posibilidad si bien tiene el mérito de poder ilustrar el criterio de los operadores jurídicos tiene dos grandes problemas: uno material y otro formal. El primero de ellos consiste en los altos costos que significa practicar una pericia técnica que refleje el valor de las emisiones contaminantes, considerando que se requiere del concurso de varios profesionales, las dificultades geográficas, entre otros imponderables. Empero, el segundo problema es insalvable puesto que atentaría contra el principio de legalidad imponer una sanción criminal fundamentándose en una pericia que finalmente no refleja si se superó o no los límites de tolerabilidad, dado que estos no existen.

En otros casos se ha intentado recurrir a los límites de tolerabilidad establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS). En la ciudad de Huacho, por ejemplo, ómnibuses de la Empresa de Transportes América realizaban emisiones de humo a la atmósfera al estacionarse en la calle, cerca a zonas de vivienda. Formulada la denuncia y abierta la instrucción respectiva en el 2° Juzgado Penal de Huaura (Expediente N° 278-93-D) por el delito de contaminación ambiental, efectivos de la Policía Ecológica, con ayuda de un medidor de monóxido de carbono marca Simpsons, realizaron una toma de muestra, concluyendo que el 63.33% de los vehículos de la flota expelían altos índices de monóxido de carbono, de 30% a 40% por unidad, siendo el límite permitido por la OMS el de 6% por unidad⁽⁸⁴⁾. Actualmente el caso ha sido archivado

En la actualidad
el sector
pesquero
es el único
que cuenta
con límites
de tolerabilidad.

82 Mal podría alegarse por ejemplo el «ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20°, numeral 8 infine del Código Penal). Conforme a la teoría general de la antijuricidad, en el finalismo la ausencia de responsabilidad penal fundamentada en una causa de justificación precisa de un acto típico que vulnere un bien jurídico. Tratándose de conductas contaminantes que no superan los límites de tolerabilidad, estas carecen de relevancia penal, el tipo penal no las incrimina.

83 Véase: BAUTISTA PAREJO, Carmen. «La prueba pericial en los supuestos de delito ecológico.» En: La protección penal del medio ambiente. Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente. Madrid, 20-21 de octubre de 1990. Madrid, Agencia de Medio Ambiente 1991, pp. 141-144.

84 Véase: «Contaminación en Huacho». En: Proterra. Boletín Jurídico Ambiental. N° 1. (Lima, 1994), p. 2.

definitivamente por el Juez de la causa. Por nuestra parte consideramos que si bien la idea de aplicar los límites de la OMS, constituye una respuesta creativa frente a la omisión del Estado de definir los límites de tolerancia, tal intento carece de sustento jurídico desde que lo preceptuado por dicho organismo internacional son simples recomendaciones que no sólo no obliga a los Estados sino que no forma parte del derecho nacional.

Pero esto no es todo, en cuanto a la funcionalidad de este elemento en el tipo, la incoherencia absoluta del legislador es evidente toda vez que la utilización del criterio de los valores-límite sólo tiene sentido en estructuras típicas de peligro abstracto, siendo el caso que el artículo 304° del Código Penal prevé por el contrario una fórmula de peligro («puedan causar perjuicio») y otra de lesión («causen perjuicio»). Precisamente, en los tipos de peligro abstracto la sola realización de una conducta, independientemente de si es perjudicial o no, consuma el delito. En tal sentido, el legislador sólo puede conminar conductas peligrosas que conforme a su experiencia y criterios técnicos determinados pueden causar un grave daño al ambiente. Tales actos peligrosos son aquellos que superan los límites de tolerabilidad, por lo que el sólo hecho de emitir por encima de ellos hace presumir «iure et de iure» la existencia de peligro o daño ambiental.

Empero, lejos de este razonamiento el legislador ha incorporado en el delito de contaminación una fórmula de peligro concreto y otra de lesión o daño, siendo por tanto necesario probar la lesividad de la conducta. En este esquema, lo lógico sería en todo caso omitir el uso de los valores-límite, dado que para la consumación del delito no bastará la potencialidad del acto para causar peligro o daño, conforme sucede en los delitos de peligro abstracto que incorporan tales límites. Lo relevante será si existió o no peligro o perjuicio ambiental.

Este sin sentido de la norma trae como secuela que varios actos de contaminación grave queden impunes debido a que no superan dichos límites, lo cual es común tratándose de los llamadas contaminaciones con efectos sinérgicos o contaminación acumulativa. Asimismo, todos los actos que los superen sin demostrarse que pueden causar o causar perjuicio, tampoco serán sancionados.

2.1.4. Resultado típico

El resultado típico descrito en la norma consiste en que la conducta contaminante cause o pueda

causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos

Como se adelantó, el legislador ha utilizado, de modo infeliz, una fórmula de peligro concreto (pueda causar perjuicio) junto con otra de lesión o daño (cause perjuicio). Esta opción nos ha traído como consecuencia los graves problemas de prueba de la nocividad de los actos y de la causalidad. Lo adecuado, desde una perspectiva preventiva y de búsqueda de la eficacia de la norma, era instrumentar tipos de peligro abstracto.

De otro lado, al conminarse con idéntica pena la causación del peligro y el daño ambiental, éste último supuesto carece de utilidad dado que su mayor gravedad y exigencias no significa una reacción punitiva de mayor entidad. Lo adecuado, como sucede en el derecho comparado, era instrumentar un tipo básico de peligro y uno agravado de daño. Esta opción fue recogida por el Código del Medio Ambiente.

Otro aspecto desafortunado de la redacción es el uso de la expresión «alteraciones», la cual puede resultar equívoca puesto que la introducción de un elemento extraño en los ecosistemas puede causar también efectos positivos. Así, era suficiente referirse a «perjuicio», y en todo caso, en vez de la expresión «alteraciones» pudo haberse usado una más adecuada, como por ejemplo «afectaciones negativas». Sin embargo, conforme al principio de lesividad del artículo IV del título preliminar del Código Penal, el término «alteraciones» de la actual redacción sólo puede ser entendido como alteración negativa o perjudicial.

Pero lo más grave en la concepción del resultado típico, es que para el legislador es insuficiente la vulneración de alguno de los elementos del ambiente como la flora, la fauna o los recursos hidrobiológicos, sino que precisa de la puesta en peligro o daño de estos simultáneamente, lo que resulta excesivo e impedirá una acción efectiva del sistema penal en el control de la contaminación, dado que no existe una protección individualizada de estos valores ambientales.

A esto se suma que el Código Penal ha omitido la referencia a que el acto pueda afectar no sola a la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, sino también al ambiente en general, conforme lo establecían los proyectos de 1986, 1990 y 1991 y el Código del Medio Ambiente. Con ello, se ha dejado de lado la protección de otros elementos ambientales que en última instancia pueden servir para la existencia humana, abandonándose así una concepción más acorde con el antropocen-

trista moderado de las Constituciones de 1979 y 1993.

El concepto de flora incluye todas las plantas que se encuentran en una determinada zona⁽⁸⁵⁾. En similar sentido, por fauna debe entenderse todos los animales que se encuentran en una zona determinada⁽⁸⁶⁾. Dentro de este último concepto destaca el de Fauna Silvestre, el cual se refiere a las especies animales que viven libremente en las regiones naturales del país, así como los ejemplares de las especies domesticadas que por abandono u otras causas se han asimilado, en sus hábitos, a las silvestres. Se exceptúan las especies que se reproducen en aguas marítimas o continentales⁽⁸⁷⁾. Otros la definen como el conjunto de animales que no han sido objeto de domesticación, mejoramiento genético o cría y levante regular o que han regresado a su estado salvaje, excluidos los peces y todas las demás especies que tienen su ciclo total de vida dentro del medio acuático⁽⁸⁸⁾. Por último, los recursos hidrobiológicos son el conjunto de organismos vivos cuyo desarrollo total se cumple dentro del agua⁽⁸⁹⁾. Son los componentes de la biodiversidad marina que admiten un uso directo, indirecto o potencial para la humanidad.⁽⁹⁰⁾

2.2. Tipo subjetivo

El párrafo 1º del artículo 304 del Código Penal prevé el delito de contaminación realizado con dolo, esto es, con conciencia y voluntad de realizar todos los elementos del tipo objetivo. A pesar de que la norma no hace mención expresa al dolo, este se sobreentiende en virtud de la técnica de

85 INSTITUTO DE RECURSOS MUNDIALES (WRI), UNION MUNDIAL PARA LA NATURALEZA (UICN) y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA) en consulta con LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACION (FAO), ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACION LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). Estrategia Global para la Biodiversidad, Pautas de Acción para Salvar, Estudiar y Usar en Forma Sostenible y Equitativa la Riqueza Biótica de la Tierra. 1992.

86 Ibid.

87 FUNDACION PERUANA PARA LA CONSERVACION DE LA NATURALEZA Y SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL. «Documento Base Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre». En: Taller «Elaboración Participativa de la Nueva Ley Forestal del Perú». Lima, noviembre de 1991.

88 MINISTERIO DE AGRICULTURA, INDERENA. Manual de recursos naturales renovables para Alcaldes, Corregidores e Inspectores de Policía. Bogotá D.E., 1986.

89 Ibid.

90 WRI, UICN y PNUMA. Estrategia Global para la Biodiversidad. Glosario. 1992.

«*numerus apertus*» usada por el legislador nacional para los delitos dolosos, la cual está recogida en el artículo 12º, párrafo 1º del mismo texto legal. De este modo, son admisibles todas las formas de dolo: dolo directo de primer y segundo grado, así como el dolo eventual.

Asimismo, el tipo penal prevé expresamente en el párrafo 2º del artículo 304º una sanción para el autor culposo o negligente. Esta previsión concuerda con la técnica de los «*numerus clausus*» o cerrada, utilizada para las infracciones culposas según se expresa en el párrafo 2º del artículo 12º. Existe delito de contaminación culposo siempre que el autor infringiendo el deber de cuidado cause el resultado nocivo para el ambiente descrito en el tipo objetivo.

3. Circunstancias agravantes

«**ARTÍCULO 305º.**- La pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con trescientos sesenticinco a setecientos treinta días-multa cuando:

- 1.- Los actos previstos en el Artículo 304º ocasionan peligro para la salud de las personas o para sus bienes.
- 2.- El perjuicio o alteración ocasionados adquieren un carácter catastrófico.
- 3.- El agente actuó clandestinamente en el ejercicio de su actividad.
- 4.- Los actos contaminantes afectan gravemente los recursos naturales que constituyen la base de la actividad económica.

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

- a).- Privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y de trescientos sesenticinco a setecientos días-multa, en caso de lesiones graves.
- b).- Privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y de setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días-multa, en caso de muerte.»

Las circunstancias agravantes del delito de contaminación están previstas en el artículo 305º del Código Penal. Como en todo tipo agravado, se requiere la realización de los elementos del tipo básico además de la situación que le da gravedad. El fundamento de la mayor punición puede deberse a un mayor disvalor del acto o del resultado.

Ahora bien, al margen de todos los casos vistos, existen otros que, como en el Código Penal de España, debieron ser tratados como agravados.

Entre ellos pueden citarse: desobediencia a las órdenes de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, aportar información falsa sobre los aspectos ambientales de la industria o actividad, obstaculizar la actividad inspectora de la Administración.⁽⁹¹⁾

3.1. Mayor disvalor de acto

3.1.1. Clandestinidad de la actividad

El único caso de esta naturaleza es el del numeral 3º, cuando el agente actuó clandestinamente en el ejercicio de su actividad. Se dice que la gravedad se fundamenta en un mayor disvalor de acto debido a que la peculiaridad de la circunstancia se verifica en el «modus operandi» de la conducta, sin tener incidencia directa en el resultado.

En países desarrollados en los que la informalidad es la excepción, este supuesto es previsto como tipo autónomo (como delito de mera desobediencia). Si embargo, en contextos como el nuestro en los que la informalidad es la regla, ello sería un despropósito puesto que nos llevaría a una inevitable sobrecriminalización.

En sentido gramatical, clandestino significa «secreto u oculto», algo desconocido para las demás personas que no sea el agente. El tipo penal se refiere a la «clandestinidad de su actividad», pudiendo ésta expresión ser interpretada en dos sentidos.

En un primer sentido, cuando hablamos del sujeto activo señalamos que éste necesariamente debía actuar en el marco de una actividad económica, de manera que una primera interpretación entiende la clandestinidad referida a dicha actividad, existiendo al respecto dos opciones: tratándose de personas jurídicas, que su existencia sea desconocida, es decir que no se halle inscrita en el registro estatal respectivo; o siendo su existencia conocida, lo oculto sea la actividad económica realizada. En ambos casos se trataría de una actividad económica informal.⁽⁹²⁾

Ahora, cada uno de éstos supuestos de «actividad clandestina» admite a su vez dos posibilidades, es decir, que impliquen a su vez la clandestinidad de los vertidos de residuos, o que por el contrario, estos sean conocidos. Estos dos casos

son admisibles por la descripción de la normas, sin embargo son sancionados por igual cuando uno de ellos reviste mayor gravedad (actividad y vertidos clandestinos), pues el fundamento de la agravación radica en el estado de indefensión que genera la ignorancia de estas circunstancias, las que al no ser conocidas no pueden ser denunciadas o controladas estatalmente sino bastante después, seguramente cuando los efectos sean evidentes y seguramente irreversibles.

En un segundo sentido, puede darse también el caso en el que lo clandestino no sea la actividad económica desempeñada por el agente, sino tan sólo la conducta contaminante. La actividad sería formal, lo informal e ilícito serían sólo los vertidos. Es el caso que la doctrina conoce como «vertederos clandestinos».

En este supuesto el fundamento de la agravación sería el mismo que en los anteriores, sin embargo su admisibilidad dentro de la literalidad de la norma podría ser sólo opinable, siempre que por «actividad» se entienda simplemente la actividad económica y no la actividad contaminante. No obstante, ello sería un sin sentido, dado que se llegaría al absurdo de no sancionar agravadamente la clandestinidad de la última, que en todo caso reviste mayor entidad que la primera. Por ende, el supuesto analizado se inscribe en el ámbito de la agravante.

En cuanto al tipo subjetivo, el artículo 305º indica que las agravante se aplica a los actos previstos en el artículo 304º, con lo cual podría imponerse al que contamina con dolo o con culpa. Empero, de afirmarse lo anterior habría que concluir que las agravantes se aplican por igual a quien actúa dolosa o culposamente, interpretación que podría atentar contra el principio de proporcionalidad de la pena, toda vez que razones de orden político criminal aconsejan una menor reacción penal frente a las conductas negligentes. En consecuencia la agravante sólo podrá imponerse frente a conductas dolosas.

Por otra parte, cabe la pregunta de si para aplicar la agravante se requiere que el autor conozca efectivamente de la clandestinidad (dolo) o si basta la simple posibilidad cognoscitiva de previsión (culpa). Al respecto, cabe recordar que nuestro Código proscribē (prohíbe, excluye) la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar), de modo que para imponerse una sanción penal o agravarla se requiere dolo, o al menos culpa. En esa línea de pensamiento, si el acto contaminante se realizó dolosamente, conforme a los requerimientos del párrafo 1º del

91 Véase el párrafo 2º del artículo 347º Bis de dicho texto legal.

92 Estos casos son conocidos en la doctrina española como «industria clandestina», en los que no existe autorización para el funcionamiento o aprobación de instalaciones. Véase: BOIX, o.c., pp. 387-389.

artículo 304°, entonces el dolo deberá abarcar, adicionalmente, tanto el conocimiento de la clandestinidad como la voluntad de actuar en tal circunstancia.

3.2. Mayor disvalor del resultado

Son casos en los que la agravación se fundamenta, en términos generales, en el mayor perjuicio o peligro para el bien jurídico ambiente u otros intereses tutelados jurídicamente.

3.2.1. Peligro para la salud o bienes de las personas

El numeral 1° del artículo 305° prevé una mayor sanción cuando la actividad contaminante ocasiona, además, un peligro concreto para otros bienes jurídicos: la salud de las personas o sus bienes.

La referencia a la «salud de las personas» pareciera confundirse con el delito del artículo 273°, contra la seguridad pública⁽⁹³⁾. Tal acercamiento es de tal magnitud que el Código del Medio

Ambiente previó, como agravante del tipo de contaminación, la puesta en peligro de la salud pública.

La «salud» a la que se refiere el Código Penal es la salud colectiva. No basta el peligro para la salud de una persona. La salud colectiva representa un promedio estadístico o el resultado de una continuada experiencia. La salud individual

La "salud"
a la que se
refiere el
Código Penal
es la salud
colectiva.

93 Véase también: Decreto Ley N° 17505 del 18 de marzo

de 1969, Código Sanitario, artículos 15°, 16° y 185°, De la protección de la salud, del saneamiento ambiental, delitos y sanciones contra la salud.

«Artículo 15°. Toda persona, incluso la que está por nacer, es sujeto de derecho en el campo de la salud.

Artículo 16°. No hay incapacidad relativa ni absoluta en el campo de la salud para gozar del Derecho a la salud. Artículo 185°. Constituye delito contra la salud:

- a) Negarse a cumplir las normas de salud u obstaculizar la acción de la autoridad de salud en defensa y protección de la salud pública y la salud privada,
- b) La violación consciente de la norma de salud,
- c) El incumplimiento de la norma de salud en el uso o usufructo de las cosas,
- d) Los demás casos contemplados en el Código Penal y otras leyes, como delitos contra la salud.»

es el resultado de múltiples factores, como pueden ser la constitución y fortaleza individual, la edad, el género de vida, de suerte que una actividad que no es perjudicial para la mayoría de la población, puede serlo en grado sumo para determinadas personas⁽⁹⁴⁾. Por lo tanto, el concepto de «salud de las personas», desde sus dimensiones físicas y síquicas, se integra en el concepto de «salud pública»⁽⁹⁵⁾, lo cual guarda coherencia con el carácter colectivo y difuso del bien jurídico.

Como es evidente, esta agravante se fundamenta en la visión antropocentrista moderada que inspira a las Constituciones de 1979 y 1993. Dicha visión también fundamenta la mayor punición cuando se crea un peligro concreto para los «bienes» de las personas. Asimismo, se requiere que el riesgo también sea difuso, es decir que se extienda a un número indeterminado de personas, que pueden ser naturales o jurídicas, incluyendo el Estado.

El concepto de bienes es un elemento normativo, de modo que su descripción puede ser extraída de los artículos 885° (muebles) y 886° (inmuebles) del Código Civil de 1984, siempre que sean compatibles con la naturaleza de este delito, conforme señala el artículo IX del Título Preliminar de este cuerpo legal.

En relación al tipo subjetivo, se requiere que el dolo abarque, además, el peligro para la salud o bienes de las personas, en cuyo caso estaremos ante un delito puramente doloso.

Por último, queremos poner de relieve que el artículo 53° del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para la Inversión Privada⁽⁹⁶⁾, establece un supuesto especial de aplicación del artículo 305° del Código Penal. Dicho supuesto no reúne los elementos del tipo básico de contaminación ni los de la agravante comentada, puesto que configura un delito de peligro abstracto y de mera desobediencia. Por ende, resulta antitécnico remitir su sanción al de las agravantes del artículo 305°. En todo caso, la remisión pudo ser más adecuada de haberse derivado más bien a los tipos penales

94 RODRIGUEZ DEVESA, o. c., p. 1108.

95 BOIX, o. c., p. 386.

96 "Artículo 53°.- Las empresas que presten servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado deberán contar con la correspondiente certificación de que cumplen con las normas de calidad físico química y bacteriológica del agua potable y las condiciones de tratamiento de desagües para su disposición final. Los directores de dichas empresas, en caso de que las mismas no cuenten con certificados de calidad con la periodicidad respectiva por el Ministerio de Salud, incurrirán en el delito previsto en el artículo 305° del Código Penal..."

relacionados con la salud pública (artículos 286° y ss.), que a fin de cuentas es el interés que pretende proteger.

3.2.2. Perjuicio catastrófico

En el numeral 2° se prevé la agravante del perjuicio o alteración de carácter catastrófico, con lo cual el delito será de lesión o daño y no de peligro concreto.

Aquí la expresión «alteración» esta bien usada, dado que el legislador las refiere a las catastróficas. No obstante, bastaba con la expresión «perjuicio». Obviamente el perjuicio debe recaer conjuntamente sobre la flora, la fauna y los recursos hidrobiológicos, de acuerdo con las exigencias del tipo básico.

El problema más serio se presenta al intentar definir los alcances de la expresión «catástrofe». Al respecto puede tenerse un primer acercamiento desde la perspectiva gramatical. El Diccionario Hispánico-Universal define el término «catástrofe» como la «última parte del poema dramático, desenlace, especialmente cuando es funesto y doloroso. Suceso infausto y extraordinario». Si bien el significado literal de catástrofe nos da una idea para inferir que la intención del legislador es castigar con mayor severidad los perjuicios de gran entidad, debemos advertir que no expresa criterios específicos para delimitar correctamente su sentido y alcances conforme a las exigencias de la «ley cierta» derivada del principio de legalidad.

En consecuencia, el concepto de lo catastrófico ha generado problemas de interpretación en la doctrina alemana y española por lo poco definido de su alcance. Lo adecuado, a la luz de estas experiencias, hubiera sido cerrar el tipo, tal como lo hacía el Código del Medio Ambiente al supeditar la evaluación de la gravedad de la alteración ambiental a los estudios e informes técnicos.

Ahora bien, a fin de delimitar el concepto de «catástrofe» puede formularse una interpretación a partir de las fuentes de la norma. El párrafo 3° del artículo 347° Bis del texto español establece como agravante la causación de un «riesgo de deterioro irreversible o catastrófico». Aunque no existe una total equivalencia entre esta norma y su similar peruana, debe destacarse que la doctrina de la madre patria omite la discusión relacionada con la delimitación del concepto de «catástrofe», centrando su atención en la definición de la expresión «irreversible», la cual, sin equipararse a la anterior, ofrece mayores posibilidades para la determinación del ámbito de la agravante.

En tal sentido, y siempre criticando el uso de esta terminología imprecisa, puesto que existen muy pocos deterioros que sean auténtica y propiamente irreversible ya que, en la mayoría de casos «actuando positivamente» es factible la recuperación; se señala que un deterioro resulta irreversible cuando se causa un perjuicio de tal entidad que «la situación nunca puede ser la misma que la existente con anterioridad a la conducta infractora, tal estado de cosas se presenta como irrecuperable»⁽⁹⁷⁾. Ello puede precisarse más aún indicando «el requisito de ineficacia en la actuación del sujeto activo en orden a evitar los efectos dañinos típicos»⁽⁹⁸⁾. Este criterio, si bien puede darnos algunas pistas para definir que es «catástrofe», literalmente no se equipara a ella, de modo que todo deterioro irreversible es catastrófico, siendo imposible afirmar la relación inversa.

En las actuales circunstancias, será fundamental la participación de peritos que informen a los operados del derecho sobre la entidad del daño. En esta calificación pueden participar además los entes del Sistema Nacional de Defensa Civil o sus similares.

Sobre el tipo subjetivo, se requiere que el dolo abarque el conocimiento y voluntad de realizar el resultado más grave.

3.2.3. Afectación grave de los recursos naturales que son la base de la actividad económica

Constituye también circunstancia agravante, según el numeral 4°, cuando la contaminación afecta gravemente los recursos naturales que constituyen la base de la actividad económica.

Con esta redacción se vulnera nuevamente la garantía de la «ley cierta». El problema radica en determinar cuáles son aquellos recursos naturales básicos para la actividad económica; si dicha actividad debe ser nacional, regional⁽⁹⁹⁾ o local; y en que consisten sus graves afecciones.

El concepto de «recursos naturales» incluye a todos aquellos componentes ambientales, en cuanto son o pueden ser aplicados a la satisfacción de las necesidades o intereses humanos⁽¹⁰⁰⁾. Son los elementos o cosas naturales que el hombre aprovecha para su propia existencia mate-

97 PERIS RIERA, o. c., p. 41.

98 BOIX, o. c., p. 389.

99 Los proyectos de 1990 y 1991 se referían a los recursos que son base de la «actividad económica o del desarrollo regional».

100 ACHIDAM. Carta de Costa Brava, Anexo A.

rial o estética⁽¹⁰¹⁾. Entre ellos pueden mencionarse los recursos fánicos, hidrobiológicos, forestales y mineros⁽¹⁰²⁾.

Ahora bien, el tipo básico se refiere sólo a los tres primeros, no obstante lo cual, la agravante amplía el marco de tutela e incluye a los recursos mineros siempre que sean la base de la actividad económica. Esta inclusión es válida, puesto que el fundamento de toda agravante que implica un mayor disvalor del resultado, puede derivar de la afectación a otros intereses o de la mayor intensidad de la vulneración del bien jurídico protegido en el tipo básico. Sin embargo, difícilmente la contaminación podrá afectar a los recursos mineros, puesto que el deterioro suele afectar a las manifestaciones bióticas del ambiente.

Pero el legislador sólo le da gravedad al hecho en la medida que los recursos afectados sean la «base de la actividad económica», con lo cual extiende indirectamente el ámbito de protección a otros intereses que están detrás de dicha expresión, tales como la capacidad de empleo, la oferta de productos de primera necesidad, el ingreso privado o las cuentas públicas, los que podrían verse afectados por una disminución de dicha actividad. Se protege, de éste modo, algunos aspectos esenciales para el desarrollo, lo que expresa nuevamente un carácter antropocentrista moderado en la tutela penal.

Como se sabe, la actividad económica nacional es variada, va desde la producción de bienes y servicios hasta las labores más tradicionales como la agricultura, la ganadería, la pesquería o la minería. Todas ellas contribuyen al Producto Bruto Interno, pero ninguna de ellas se ejercen por igual o conjuntamente en todas las regiones del país.

De este modo, las expresiones usadas por el legislador son inconvenientes, pues su indeterminación deja abierto el tipo penal. Ello es peligroso puesto que se endosa al órgano jurisdiccional la responsabilidad de señalar en cada caso la naturaleza económica de los recursos naturales afectados, sobre todo si consideramos que las prioridades pueden variar dependiendo del particular interés o necesidades coyunturales de los distintos gobiernos y autoridades⁽¹⁰³⁾, como de la ciudadanía.

De cualquier modo, se sugiere la participación de peritos en la determinación de la gravedad de la afectación y los demás elementos de la agravante. Respecto al tipo subjetivo, al igual que en las otras agravantes por un mayor disvalor de resultado, el dolo debe extenderse al resultado más grave.

3.2.4. Lesiones graves o muerte

Es indudable la necesidad de agravar la reacción penal cuando la contaminación causa lesiones graves o muerte. Ello se estipula en el último párrafo y los literales «a» y «b» del artículo 305°. Conforme a la literalidad de la norma, para aplicar la pena más grave basta con la afectación a una sola persona.

Los conceptos de lesiones graves y muerte constituyen elementos normativo, pues para su definición es necesario recurrir al propio Código Penal. Esto mismo sirve para calificar al tipo agravado como norma penal en blanco⁽¹⁰⁴⁾.

Las lesiones graves afectan la salud individual sico-física. El Código Penal las caracteriza a partir de criterios objetivos, conforme es de verse en el artículo 121°, que califica como lesiones graves, aquellas que ponen en peligro la vida (numeral 1°); las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente (numeral 2°); y las que inferen cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa (numeral 3°).

A su vez, la muerte es la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral, según la define el artículo 5° de la Ley N° 23415, modificada por el artículo 1° de la Ley N° 24703.

Ahora bien, respecto al tipo subjetivo, el dolo debe abarcar el conocimiento y voluntad de ejecutar el resultado más grave: lesiones o muerte. Este supuesto puede parecer inimaginado, sin embargo es más real cuando se piensa en el dolo eventual, es decir cuando el agente prevé el resultado más grave y lo acepta. Por tratarse de bienes jurídicos diferentes y de acciones típicas

101 CATALANO, Edmundo Fernando. Teoría general de los recursos naturales, política y legislación. Buenos Aires, Victor P. de Zavalla Editor, 1977, p. 9.

102 RAMIREZ BASTIDAS, o.c., p. 94.

103 CHIRINOS ARRIETA, o. c.

104 Se trata de una norma penal en blanco impropia, puesto que el complemento se encuentra en una norma de rango legal, la que inclusive puede ser el propio texto normativo en donde se halla el tipo penal. Algunos denominan a supuestos casos como «ley penal en blanco en sentido amplio».

que no necesariamente son coincidentes, nos encontraremos ante un caso de concurso ideal de delitos (artículo 48°): contaminación agravada y homicidio y/o lesiones graves dolosas (artículo 121°), debiendo aplicarse la pena más grave. En los casos de muerte, podrá aplicarse la figura calificada de asesinato, por usarse un medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de otras personas (artículo 108°, numeral 4°).

VI. ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES

1. Tipo de procedimiento

1.1. El Código de Procedimientos Penales de 1940

En la tramitación de los delitos ambientales se aplica el procedimiento sumario, conforme al numeral 11° del artículo 2° del Decreto Ley N° 25916⁽¹⁰⁵⁾ que modifica el Decreto Legislativo N° 124.

Son delitos perseguibles de oficio por lo que la acción penal es de ejercicio público y a cargo del Ministerio Público, cuya labor es destacada por la doctrina en la defensa de los intereses difusos.

1.2. El Código Procesal Penal de 1991 y su reforma

Este nuevo texto trae consigo la novedad del sistema acusatorio formal o garantista. El Código Procesal Penal de 1991, actualmente sometido a modificación por una Comisión Revisora, señala que los delitos ambientales se tramitarán a través del llamado proceso ordinario, que equivale al actual proceso sumario. A su vez, la acción penal se promoverá de oficio por el Ministerio Público.

Según información directa estas consideraciones se mantienen en el nuevo texto elaborado por la Comisión

2. La legitimidad procesal de la parte civil

Por tratarse de bienes jurídicos difusos, se plantea el problema específico de la legitimidad procesal de la parte civil. Al respecto, el Código del Medio Ambiente, sin distinguir tipos de proceso, otorga legitimidad a todas las personas, al margen de si resultan afectadas o no (artículo III del Título Preliminar), para exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente.

Empero, el Código de Procedimientos Penales vigente sólo permite que se constituyan en parte

civil los agraviados, sus familiares o representantes (artículo 54°). Pero por agraviado debe entenderse el sujeto pasivo, el titular del bien jurídico, en éste caso la colectividad en general, por lo que teóricamente existiría cabida para la intervención de la ciudadanía en el proceso penal. Sin embargo, subsiste el problema de viabilizar concentradamente ésta participación ciudadana, frente a lo cual la doctrina ofrece varias posibilidades, como la intervención del Ministerio Público que ya existe en el proceso penal, el Ombudsman, las organizaciones ciudadanas, etc. En nuestro caso, resulta aplicable supletoriamente el artículo 82° del Código Procesal Civil, que otorga legitimidad a las asociaciones o instituciones sin fines de lucro. De allí que sea posible la intervención de las ONGs en el proceso penal. Adicionalmente debe destacarse que, de lege ferenda, el nuevo texto del Código Procesal Penal elaborado por la Comisión Revisora permite que las ONGs y las organizaciones de ciudadanos concurren procesalmente, como parte civil, en la defensa de los bienes jurídicos difusos como el caso del ambiente. Ello sobre la base del artículo 103° del texto original de 1991 que sólo hacía referencia a las ONGs de derechos humanos, lo cual incluso era de aplicación a aquellas dedicadas a la defensa del ambiente, interés que unánimemente es considerado como derecho humano de tercera generación, conforme es de verse en la normatividad internacional y constitucional (artículo 2°, numeral 22°).

3. Las medidas cautelares

«ARTÍCULO 314°. El Juez Penal ordenará, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate de conformidad con el artículo 105°, inciso 1°, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental.»

3.1. Antecedentes

Extranjeros

•Código Penal Español: Artículo 347° Bis, párrafo 4°

Nacionales

•Proyecto de Código Penal de agosto de 1985: Artículo 283°, párrafo 4°

•Proyecto de Código Penal de marzo-abril de 1986: Artículo 264°, párrafo 2°

•Proyecto de Código Penal de julio de 1990: Artículo 277°

105 Publicado el 30 de diciembre de 1992.

- Proyecto de Código Penal de enero de 1991: Artículo 308°
- Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales: Artículo 119°, último párrafo

3.2. Comentario

El tema de las medidas cautelares cobra especial importancia en la defensa ambiental desde una perspectiva preventiva orientada a evitar la prolongación del daño.

La legislación extrapenal prevé una multiplicidad de posibilidades en esta materia. No obstante, en el artículo 314° del Código Penal se prevé una específica de carácter penal que el juez debe aplicar independientemente de las instrumentadas en otras sedes. Ella consiste en la suspensión de la actividad contaminante.

Si bien esta norma guarda similitud con lo dispuesto como consecuencia accesoria en el artículo 105°, numeral 4° del Código Penal, se diferencia de ella en dos aspectos: su carácter imperativo («El Juez penal ordenará») y por su naturaleza de medida cautelar.

Sobre esto último, el artículo 105° prevé una consecuencia accesoria, es decir una medida aplicable a la persona jurídica luego de acreditado judicialmente el delito y la responsabilidad de los procesados, por lo que es dispuesta en la sentencia condenatoria. Por su lado, el artículo 314° señala la suspensión de la contaminación como «medida cautelar», lo cual significa que puede decretarse durante la tramitación de la causa penal⁽¹⁰⁶⁾, antes de la sentencia.

A su vez, el hecho de que el artículo 314° haya

sido redactado de modo imperativo, lo cual es inusual puesto que por lo general la redacción usada en las disposiciones que contemplan medidas cautelares es dispositiva («El Juez podrá»)⁽¹⁰⁷⁾, ni implica que su aplicación pueda ser arbitraria o no reglada. Efectivamente, la sola existencia de una imputación por delito de contaminación es *per se* insuficiente para decretar la medida cautelar, pues para ello se requiere la verificación de los requisitos expuestos por la doctrina: apariencia del derecho y peligro en la demora⁽¹⁰⁸⁾. En consecuencia, sólo verificados ambos requisitos el Juez deberá decretarla. Por lo demás observamos las características de toda medida cautelar: jurisdiccionalidad, provisoriedad, instrumentalidad, variabilidad y contingencia⁽¹⁰⁹⁾.

Por otro lado, el artículo 314° también prevé como medida cautelar «la clausura definitiva o temporal del establecimiento», conforme al artículo 105° numeral 1°. A esto se aplica todo lo expuesto con anterioridad, siendo seriamente cuestionable que la norma acepte la opción, como medida cautelar, de la clausura definitiva, pues como sabemos es característica de estas medidas su provisoriedad y variabilidad.

Ahora bien, lo criticable de esta norma es que su aplicación se reduce solo al delito de contaminación, por lo que en los otros casos la aplicación de estas medidas será facultativa, aunque también reglada.

Finalmente, resulta aplicable supletoriamente, conforme a las 1ª disposición final del Código Procesal Civil (Decreto Legislativo N° 768), las normas de este texto legal que regulan el proceso cautelar: artículo 608° y ss.

106 Véase: MONROY GALVEZ, Juan F. «Introducción al estudio de la medida cautelar» En: Temas de proceso penal. Lima, Studium, 1987, pp. 40-42. Este autor define la medida cautelar como un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba, p. 42.

107 Como sucede por ejemplo tratándose de la detención preventiva (artículo 135° del Código Procesal Penal: «El Juez puede...») o de los embargos (artículo 94° del mismo texto legal: «el Juez...podrá...»), aunque si existe mandato de detención el legislador prevé la obligatoriedad del embargo.

108 MONROY GALVEZ, o. c., pp. 25-34.

109 Ibid., pp. 35-40.