

**UNIVERSIDAD NACIONAL
HERMILIO VALDIZAN DE HUÁNUCO**
ESCUELA DE POSGRADO



**“LA INEFICACIA DEL SISTEMA PENAL PERUANO
PARA TIPIFICAR EL DELITO DE
CONTAMINACIÓN AMBIENTAL”**

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL
**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN
DERECHO**

TESISTA: KARIN CHARRE GONZALES.
ASESOR: JORGE ERNESTO ROMERO VELA.

HUÁNUCO – PERÚ

2018

*A Martha y Jorge, mis padres, por su
incondicionalidad, entrega y apoyo constante,
creyendo fielmente en mí pese a las adversidades.*

Agradecimientos

A Dios, nuestro hacedor, en quien creo firmemente por ser la causa de todo lo que soy y lo que poseo.

A la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, mi alma mater, en cuyas aulas universitarias de pre y post grado, me forjé como profesional, donde se me exigió excelencia académica y a su vez me enseñó que ella no es fácil de obtenerla y no se puede exigir a quien no la entrega. El último peldaño académico, el grado de doctor, es un honor sustentarlo en esta Universidad.

A mis padres Jorge y Martha, mis hermanos Dante, Ivan y Victoria Inés, por su fe en mí. A Alhem Gerome. A ustedes, a quienes robé horas, días, semanas, meses y años de ausencia, debo todo; a ustedes mi eterna gratitud.

A los compañeros y amigos que me apoyaron en esta larga travesía académica que implicó esfuerzo y dedicación. Mi agradecimiento eterno.

RESUMEN

La presente investigación abarca el estudio de las técnicas de tipificación usadas en el delito de Contaminación del ambiente, concretamente, la Ley Penal en blanco y su vinculación con el Principio de Legalidad en sus vertientes de *lex certa*, *lex praevia*, *lex stricta* y *lex scripta*, específicamente en la vertiente de *lex certa* o mandato de determinación. Hemos advertido que la referida técnica de tipificación ha sido erróneamente aplicado, lo que origina que la actual redacción del delito indicado, previsto en el artículo 304º del Código Penal, sea una ley penal indeterminada, debido a que la norma administrativa a la que se remite la ley penal viene a definir el tipo y no es sólo una norma complementaria conforme a las exigencias dogmáticas del aludido Principio de Legalidad. Esta situación, indudablemente hace que el sistema penal resulte ineficaz al momento de investigar, procesar y sancionar el delito en referencia, además de ser vulneratorio del Estado Constitucional de Derecho donde el respeto al Principio de Legalidad debe ser su base fundante, pues desde un primer momento se desconoce si estamos ante un ilícito penal o un ilícito administrativo. Por ello mismo, además del estudio de la doctrina reinante sobre el tema y la jurisprudencia aplicable y de las encuestas aplicadas, obtuvimos como resultado que nuestro estudio efectivamente logra determinar que se vulneran principios y garantías con la aplicación errada del Principio de Legalidad, lo que redundará en la ineficacia del sistema penal peruano para tipificar el delito de Contaminación del ambiente.

SUMMARY

This research covers the study of typing techniques used in the crime of environmental pollution, namely, the Criminal Law blank and its link to the principle of legality in its slopes of *lex certa*, *lex praevia*, *lex stricta* and *lex scripta* , specifically in the *lex certa* aspect or determination mandate. We have warned that the aforementioned typing technique has been erroneously applied, which causes that the current wording of the indicated crime, provided for in Article 304 of the Criminal Code, is an indeterminate criminal law, because the administrative rule to which it refers the criminal law comes to define the type and is not only a complementary norm according to the dogmatic requirements of the aforementioned Principle of Legality. This situation undoubtedly makes the criminal system ineffective when investigating, prosecuting and punishing the crime in reference, as well as being a violation of the Constitutional State of Law where respect for the Principle of Legality must be its foundational basis, since from the very first At the moment, it is not known if this is a criminal offense or an administrative crime. For this reason, in addition to the study of the prevailing doctrine on the subject and the applicable jurisprudence and the applied surveys, we obtained as a result that our study effectively manages to determine that principles and guarantees are violated with the wrong application of the Principle of Legality, which It results in the ineffectiveness of the Peruvian criminal system to typify the crime of environmental pollution.

RESUMO

Esta pesquisa inclui o estudo de digitar técnicas usadas no crime de poluição do meio ambiente, especificamente o direito penal branco e sua relação com o princípio da legalidade em seus aspectos de *Certa lex*, *praevia lex*, *stricta lex* e *lex scripta*, especificamente no aspecto *lex certa* ou no mandato de determinação. Temos notado que a referida técnica de digitação foi mal aplicado, o que faz com que a redacção actual da infracção indicada nos termos do artigo 304º do Código Penal, é um direito penal indeterminada, porque a regra administrativa que se refere a lei criminal vem a definir o tipo e não é apenas uma norma complementar de acordo com os requisitos dogmáticos do supracitado Princípio da Legalidade. Esta situação, sem dúvida, faz com que o sistema de justiça criminal é ineficaz na hora de investigar, processar e punir o crime em questão, além de ser que violou a regra constitucional de Direito onde o respeito pelo princípio da legalidade deve ser a sua base fundamental, porque a partir de um primeiro No momento, não se sabe se isso é um crime ou um crime administrativo. Este é precisamente por isso que, além do estudo da doutrina predominante sobre o tema e com a jurisprudência aplicável e as pesquisas, obtivemos resultados de nosso estudo realmente capaz de determinar quais princípios e garantias são violados com a má aplicação do princípio da legalidade, o que Isso resulta na ineficácia do sistema penal peruano para tipificar o crime de poluição ambiental.

INTRODUCCIÓN

El delito de contaminación del ambiente es uno de los delitos que pertenecen a una relativa nueva regulación dentro del Derecho Penal, porque siempre fue campo del Derecho Administrativo, rama donde se han emitido un sin número de diversas normas jurídicas tendientes a protegerla, pero que en la mayoría de los casos no han resultado idóneas para tal fin. Lo único que se comprueba es una innumerable normatividad administrativa, de la cual poco se sabe, su eficacia al regular administrativamente el tema ambiental. Y precisamente por la evidente falta de solución de algunos problemas que surgen con los administrados quienes realizan conductas peligrosas para el ambiente, es que el Derecho penal ingresó a regular, como delitos, hechos contaminantes o potencialmente contaminantes. Pero en el afán de abarcar esas situaciones, se incurrieron en diversas deficiencias, porque al tratarse de un tema complicado que requiere de la confluencia de diversas ramas del conocimiento humano, se tuvieron que emplear las nuevas formas de tipificación y alejarse de aquellas convencionales efectuadas sólo para los delitos de lesión.

Entre las nuevas técnicas de tipificación usadas en el delito de Contaminación del ambiente, y en general en los delitos ambientales, el legislador nacional ha optado por la Ley penal en blanco, la misma que ha suscitado acalorados debates entre los doctrinarios desde su incorporación al Derecho Penal, siendo que uno de los puntos más endebles de dicha técnica, son las posibles repercusiones negativas que tiene en el Principio de Legalidad, porque es la norma administrativa quien completará el tipo penal, por ello muchos doctrinarios han

indicado que ello vulnera los principios de *lex certa*, *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*, integrantes del Principio de Legalidad; sin embargo, dada la complejidad que implica la comisión de los delitos ambientales, la doctrina y jurisprudencia constitucional extranjera, ha aceptado dicha técnica de tipificación siempre y cuando cumpla con determinados requisitos que la hacen constitucional. No obstante ello, no es óbice para indicar que en todos los casos que se use la Ley penal en blanco, sobre todo en nuestro país, exista una adecuada aplicación del mismo. Como veremos el resultado de nuestra investigación tanto doctrinaria como empírica nos da la razón. En efecto, advertimos que si bien el uso de la técnica de la ley penal en blanco resulta constitucional y la accesoriadad administrativa, íntimamente vinculada a ella, es una técnica completamente irrenunciable en materia ambiental, debe dejarse en claro que la redacción del tipo penal de Contaminación del ambiente, previsto en el artículo 304^o del Código Penal, no ha observado adecuadamente sus postulados académicos, lo que conlleva que con la redacción típica que se tiene, exista vulneración al Principio de legalidad.

Pero no todo queda ahí, porque también existe mucha deficiencia en el Derecho Administrativo bajo cuyo imperio debe completarse el tipo penal de Contaminación del ambiente. Es por ello, que incluso todavía queda subsistente que se siga emitiendo el informe técnico fundamentado cuando se investiga un delito ambiental, pese a que dicho informe ha sido fuertemente cuestionado. Se trató de mejorarlo con la nueva normatividad que la regula, pero no se consiguió el fin buscado, por tanto, dicho documento sigue siendo un entrampamiento para la investigación y procesamiento del delito ambiental, pues consideramos que resulta innecesario solicitar un informe, si es que sólo se va a requerir a la autoridad

administrativa, que indique la normatividad ambiental vulnerada por el administrado, cuando ello, lo puede efectuar como una simple comunicación, debiendo recaer en el ente persecutor del delito, el Ministerio Público, la potestad de investigar y probar el perjuicio, alteración o daño al ambiente, lo que no ocurre en la realidad, porque sigue siendo la administración quien se arroga esas facultades. Haciendo cada vez más difícil castigar un delito ambiental o de contaminación del ambiente.

La poca eficacia en la aplicación del delito de Contaminación del ambiente, se refleja en la realidad, a través de los datos recogidos de la Oficina de Gestión de Indicadores del Ministerio Público, sede San Martín; situación que hace evidente la ineficacia y casi nula aplicación del delito en mención, cuanto más si existe una confusión al momento de pronunciarse sobre los valores – límite que contempla el tipo penal en mención, pues no se establece claramente la barrera o los límites entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, lo que redundaría en la poca eficacia que advertimos.

Para analizar esta problemática es necesario saber que un Estado Constitucional de Derecho se caracteriza fundamentalmente por la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales de la persona, la misma que tiene como pilares, principios y garantías, en los cuales encontramos al principio constitucional de legalidad positivizado en el artículo 2 inc. 24 lit. d. de la Constitución; por consiguiente, se aduce que tiene intrínseca relación con el derecho penal de acto, donde la conducta que describe un tipo penal debe ser de forma clara, precisa, inequívoca e indubitable.

La investigación tiene un interés netamente académico y profesional, en relación a la idónea formulación de normas penales en materia ambiental sobre la base del principio de reserva de ley, que solo mediante ley se pueden crear delitos, faltas, medidas de seguridad y penas concediéndole el señorío de elaborar de leyes al Poder legislativo, no obstante, que mediante delegación de facultades al Poder Ejecutivo por plazo y materia determinada, la misma que debe reflejar la expresión de la voluntad del pueblo.

La finalidad u objetivo del trabajo de investigación es establecer, que existe ineficacia legislativa del sistema penal peruano en la tipificación del delito de Contaminación del ambiente, debido a la aplicación errada de la técnica de tipificación en el delito contaminación del ambiente en la protección del bien jurídico tutelado y por ende responde a una ley penal indeterminada, así como, en la persecución que al requerir la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, genera impunidad al volverse prácticamente inaplicable el tipo penal a cada caso concreto vulnerando así de esa manera principios y garantías.

En fin, la estructura del trabajo está dividida por capítulos:

En el Capítulo I; se realiza el planteamiento “¿En qué medida la ineficacia legislativa del sistema penal peruano incide en la tipificación del delito de Contaminación del ambiente?”, así como expresión de los objetivos, hipótesis, variables, indicadores, justificación e importancia, viabilidad y limitaciones.

En el Capítulo II; compuesta por el marco teórico que va a fundamentar el proyecto de tesis; el cual se encuentra organizado de la siguiente manera empezando con

los antecedentes del estudio, bases teóricas, bases o fundamentos filosóficos del tema de investigación, definiciones conceptuales y terminando con las bases epistémicas.

En el Capítulo III; se precisó el marco metodológico referente al; tipo y nivel de investigación, diseño y esquema de la investigación, población - muestra, definición operativa del instrumentos de recolección de datos y la técnicas de recojo, procesamiento - presentación de datos.

En el Capítulo IV; se basó en la orientación al análisis e interpretación de los resultados obtenidos en el trabajo de investigación.

En el Capítulo V; se procedió discusión de resultados, contrastación de las hipótesis y sobre todo al aporte científico de la investigación.

En los demás siguientes acápite están conformadas por las conclusiones, sugerencias, bibliografía y anexos.

INDICE GENERAL

DEDICATORIA		iii
AGRADECIMIENTO		iii
RESUMEN		iv
SUMMARY		v
RESUMO		vi
INTRODUCCIÓN		vii
INDICE		xii

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.	DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	01
1.2.	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:	
	1.2.1. PROBLEMA GENERAL.....	03
	1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS.	04
1.3.	OBJETIVOS:	
	1.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	04
	1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	05
1.4.	HIPÓTESIS:	
	1.4.1. HIPÓTESIS GENERAL.....	05
	1.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	05
1.5.	VARIABLES:	
	1.5.1. VARIABLES DE LA HIPÓTESIS GENERAL.....	06
	1.5.2. VARIABLES DE LAS HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	06
1.6.	INDICADORES.....	06

1.7. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	06
1.8. VIABILIDAD.....	08
1.9. LIMITACIONES.....	08

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO:	
2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL.....	09
2.1.2. A NIVEL NACIONAL.....	10
2.2. BASES TEÓRICAS.	
2.2.1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:	
2.2.1.1. DEFINICIÓN.....	11
2.2.1.2. ELEMENTOS DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	12
a) CARACTER VINCULANTE DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.....	12
b) SUPREMACÍA O SUPERIORIDAD JERÁRQUICA EN EL SISTEMA DE FUENTES.....	12
c) EFICACIA Y APLICACIÓN INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN.....	13
d) LA GARANTIA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN.....	13
e) DENSO CONTENIDO NORMATIVO.....	14
f) RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.....	15
2.2.1.3. FUNDAMENTO JURIDICO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	15
2.2.2. EL DERECHO PENAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	16
2.2.3. DERECHO PENAL DEMOCRATICO.....	17
2.2.4. DERECHO PENAL DEL ACTO.....	18
2.2.5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:	
2.2.5.1. NOCIÓN DEL CONCEPTO PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	19
2.2.5.2. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	20
2.2.5.3. EL LLAMADO PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO EXIGENCIA	

DEL ESTADO DE DERECHO.....	21
2.2.5.4. FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	23
a) FUNDAMENTO POLÍTICO.....	24
b) FUNDAMENTO AXIOLÓGICO.....	25
c) FUNDAMENTO JURÍDICO PENAL.....	26
2.2.5.5. SUBPRINCIPIOS DE PRINCIPIO DE LEGALIDAD:	
2.2.5.5.1. SUBPRINCIPIO DE TIPICIDAD O TAXATIVIDAD (CODIFICACIÓN).....	27
2.2.5.5.2. SUBPRINCIPIO DE SUJECCIÓN A LA LEY.....	28
2.2.5.5.3. SUBPRINCIPIO DE RESERVA DE LEY.....	29
2.2.5.6. GARANTÍAS QUE IMPLICA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	30
2.2.5.7. CONTENIDO DEL PRINCIPIO LEGALIDAD:	
2.2.5.7.1. LEX CERTA.....	31
2.2.5.7.2. LEX STRICTA.....	35
2.2.5.7.3. LEX SCRIPTA.....	36
2.2.5.7.4. LEX PRAEVIA.....	37
2.2.6. EL DERECHO PENAL AMBIENTAL	
2.2.6.1. DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE COMO DELITOS DE PELIGRO.....	37
2.2.6.2. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL AMBIENTAL.....	38
a) CONCEPCIONES BASADAS EN UN ENFOQUE ANTROPOCÉNTRICO.....	38
b) CONCEPCIONES ECOCÉNTRICAS.....	39
2.2.6.3. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	
a) PROBLEMÁTICA.....	40
b) DIFERENCIACIÓN CUALITATIVA.....	42
c) DIFERENCIACIÓN CUANTITATIVA.....	44
2.2.6.4. EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO.....	46

2.2.7. MARCO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	51
2.2.8. REFERENCIAS BÁSICAS DEL DERECHO AMBIENTAL:	
2.2.8.1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO AMBIENTAL.....	53
a) ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL.....	54
b) ETAPAS DEL DERECHO AMBIENTAL.....	57
c) TENDENCIAS ACTUALES Y ENFOQUES DEL DERECHO AMBIENTAL.....	60
2.2.8.2. PRINCIPIOS CENTRALES DEL DERECHO AMBIENTAL	
a) PRINCIPIO DE PREVENCIÓN.....	64
b) PRINCIPIO PRECAUTORIO.....	65
c) PRINCIPIO CONTAMINADOR PAGADOR O DE INTERNALIZACIÓN DE COSTOS.....	68
2.2.8.3. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LA CALIDAD AMBIENTAL.....	70
a) LA FUNCIÓN DE LA GESTIÓN DE LA CALIDAD AMBIENTAL.....	70
b) LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES.....	73
c) LOS ESTÁNDARES DE CALIDAD AMBIENTAL.....	75
2.2.9. LAS CUESTIONES DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL LATINOAMERICANO. (Referencias Sustanciales).	
2.2.9.1. CUESTIONES DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL.....	76
2.2.9.2. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO AMBIENTAL Y LOS AVANCES EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL.....	79
2.3. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL Y LA TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN USADA POR EL LEGISLADOR PERUANO	
2.3.1. CUESTIONES PREVIAS.....	81
2.3.2. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE.....	83
2.3.3. LAS TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN USADOS POR EL LEGISLADOR PERUANO EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE.....	85

2.3.3.1. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO Y CONCRETO	
a) COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO.....	85
b) COMO DELITO DE PELIGRO CONCRETO.....	89
c) LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA.....	91
1) MODELO PENAL AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE.....	93
2) MODELO PENAL ABSOLUTAMENTE DEPENDIENTE DE LOS ACTOS O NORMAS ADMINISTRATIVAS EN LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE.....	97
3) MODELO PENAL RELATIVAMENTE DEPENDIENTE O ACCESORIO AL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE.....	101
4) FORMAS DE ACCESORIEDAD RELATIVA.....	103
a) ACCESORIEDAD DE NORMAS Y LEY PENAL EN BLANCO.....	104
b) ACCESORIEDAD DE ACTOS Y LEY PENAL EN BLANCO.....	106
2.3.3.2. LA LEY PENAL EN BLANCO.....	112
2.3.4. LA CALIFICACIÓN REGLAMENTARIA DE LA AUTORIDAD AMBIENTAL.....	115
2.3.5. EL VALOR PROBATORIO DEL INFORME TÉCNICO FUNDAMENTADO.....	117
2.3.6. ASPECTOS CENTRALES DEL INFORME TÉCNICO FUNDAMENTADO.....	118
2.3.7. LA AUTORIDAD ENCARGADA DE EMITIR EL INFORME TÉCNICO FUNDAMENTADO.....	122
2.4. BASES O FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN:	
2.4.1. LA RELACIÓN HOMBRE-NATURALEZA-SOCIEDAD EN RELACIÓN CON LA SUSTENTABILIDAD Y EL HOLISMO AMBIENTAL.....	123
2.4.2. LA PREPARACIÓN TEÓRICA COMO BASE FUNDAMENTAL PARA EL ANÁLISIS DE LA RELACIÓN HOMBRE-NATURALEZA-SOCIEDAD. ENFOQUE DESDE LA COMPLEJIDAD.....	128

2.4.3. CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA.....	131
2.5. DEFINICIONES CONCEPTUALES:	
2.5.1. ACCIÓN.....	132
2.5.2. ACCIÓN PENAL.....	132
2.5.3. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO AMBIENTAL.....	134
2.5.4. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	134
2.5.5. DERECHO AMBIENTAL.....	135
2.5.6. INFORME TÉCNICO FUNDAMENTADO.....	136
2.5.7. NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE CERTA.....	137
2.5.8. SEGURIDAD JURÍDICA.....	137
2.5.9. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	138
2.5.10. TIPO PENAL EN BLANCO.....	138
2.6. BASES EPISTÉMICAS	
2.6.1. EPISTEMOLOGIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO Y RATIO LEGIS.....	139
2.6.2. EL PENSAMIENTO KELSENIANO Y LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA.....	139
2.6.3. HIPÓTESIS, TEORÍA Y LEY CIENTÍFICA.....	140

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN:	
3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	142
3.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	142
3.2. DISEÑO Y ESQUEMA DE LA INVESTIGACIÓN.....	143
3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA:	
3.3.1. POBLACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	144
3.3.2. TAMAÑO DE LA MUESTRA.....	144
3.3.3. TIPO DE MUESTREO.....	145
3.4. DEFINICIÓN OPERATIVA DEL INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE	

DATOS.....	146
3.5. TÉCNICAS DE RECOJO, PROCESAMIENTO Y PRESENTACIÓN DE DATOS:	
3.5.1. TECNICAS DE RECOJO DE DATOS.....	146
3.5.2. PROCESAMIENTO DE DATOS.....	147
3.5.3. TECNICA DE PRESENTACION DE DATOS.....	147

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1. ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN EL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.....	148
--	-----

CAPITULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	171
5.2. CONTRASTACIÓN DE LAS HIPOTESIS.....	179
5.3. APOORTE ACADÉMICO DE LA INVESTIGACION.....	192
VI. CONCLUSIONES.....	196
VII. SUGERENCIAS.....	198
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	200
IX. ANEXOS.....	207

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

La regulación de los delitos ambientales se inscribe en el marco de un Derecho Penal dependiente del Derecho Administrativo. En tal contexto, se observa un desordenado recurso a las tres formas básicas de accesoriadad administrativa. La accesoriadad normativa conceptual canalizada mediante elementos normativos típicos, la accesoriadad del Derecho mediante tipos penales en blanco y la accesoriadad del acto mediante la referencia en el tipo a la ausencia de autorización administrativa o la infracción de un acto o disposición de la autoridad administrativa.

La legislación ambiental en el Perú se caracteriza por la existencia de vacíos de regulación y la concurrencia, no siempre ordenada ni competencialmente delimitada, de normas generales como la Ley General del Ambiente y una extensa regulación sectorial a través de Leyes, Decretos Legislativos, Decretos Supremos, Ordenanzas Municipales y decisiones administrativas en general que, acorde con el Principio de Jerarquía deberá sujetarse a los preceptos constitucionales y demás normas del ordenamiento.

Esta realidad constituye una limitación importante para la regulación de las relaciones penal – administrativas en el sector ambiental, pues la regulación administrativa pierde idoneidad para satisfacer las funciones de

garantía e indiciaria del riesgo penalmente permitido. En este sentido se agudiza la necesidad de que los tipos penales describan con la mayor certeza posible las normas complementarias o de remisión. En este contexto puede cuestionarse la racionalidad político criminal de describir una conducta prohibida mediante el uso simultáneo de una norma penal en blanco y un elemento normativo.

Por otro lado, el Art. 149º de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 009-2013-MINAM, tiene como presupuesto la incompetencia funcional del Ministerio Público y del Juez Penal para poder conocer y delimitar el marco jurídico ambiental aplicable a los delitos ambientales, pues traslada dicha labor a un órgano no jurisdiccional como podrían ser las Municipalidades, Ministerios, Osinergmin, etc., u otros llamados a emitir, en términos de la ley, “opinión fundamentada” por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental.

A ello se suma, que la descripción tan genérica que se hace de los supuestos típicos del delito de Contaminación del Ambiente previsto en el Art. 304º del Código Penal, entre en colisión con el Principio de Legalidad pues la determinación de la tipicidad del aludido delito, nos remite a la regulación administrativa. En esa misma línea, es preciso indicar que uno de los puntos más problemáticos de la redacción del tipo penal del delito de Contaminación del ambiente, se plantea en la dificultad de entender el requisito de la exigencia de “la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental”, como una verdadera fórmula de la accesoriedad del acto administrativo.

Se puede afirmar que la calificación reglamentaria, que establezca la idoneidad de una conducta para causar perjuicio o daño grave al ambiente, se debe dar a partir de normas de carácter genérico (leyes, reglamentos sectoriales, ordenanzas regionales o locales; etc), siendo esta la única forma de entender la remisión a la “calificación reglamentaria”. Sin embargo no ha sido así, como tradicionalmente se viene entendiendo en la práctica dicho requisito, más bien se ha entendido que es la autoridad ambiental, a través del sector competente quien debe analizar y evaluar previamente, en cada caso, la conducta desplegada por el sujeto activo y así definir si la actividad contaminante es idónea para causar o poder causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Con esta salida interpretativa se vuelve a la inadecuada práctica de poner en manos de la autoridad administrativa la tarea de definir y llenar de contenido el mandato de determinación de la norma penal.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

Bajo este contexto he considerado importante orientar el presente trabajo de investigación con la siguiente interrogante:

1.2.1. PROBLEMA GENERAL.

“¿En qué medida la ineficacia legislativa del sistema penal peruano incide en la tipificación del delito de Contaminación del ambiente?”

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS.

¿De qué manera la ineficacia legislativa se debe a la aplicación errada de la técnica de tipificación usada en la protección del bien jurídico tutelado y en la persecución del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal?

¿Qué principios y garantías se vulneran con la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal?

¿Cómo la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente al requerir de la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, genera impunidad al volver prácticamente inaplicable el tipo penal a cada caso concreto?

1.3. OBJETIVOS:

1.3.1. OBJETIVO GENERAL.

ESTABLECER, en qué medida la ineficacia legislativa del sistema penal peruano incide en la tipificación del delito de Contaminación del ambiente.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

DETERMINAR, si la ineficacia legislativa se debe a la aplicación errada de la técnica de tipificación usada en la protección del bien

jurídico tutelado y en la persecución del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal.

ESPECIFICAR, si existen Principios y Garantías que se vulneran con la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del código penal.

DETERMINAR, si la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente, que requiere de la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, genera impunidad al volver prácticamente inaplicable el tipo penal a cada caso concreto.

1.4. HIPÓTESIS:

1.4.1. HIPÓTESIS GENERAL.

La ineficacia legislativa del sistema penal peruano incide en la tipificación del delito de Contaminación del ambiente.

1.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.

La ineficacia legislativa se debe a la aplicación errada de la técnica de tipificación usada en la protección del bien jurídico tutelado y en la persecución del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal.

Existen Principios y Garantías que se vulneran con la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal.

La aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente, que requiere de la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, genera impunidad al volver prácticamente inaplicable el tipo penal a cada caso concreto.

1.5. VARIABLES:

1.5.1. Variable independiente.

Sistema penal peruano.

1.5.2. Variable dependiente.

Delito de Contaminación del ambiente.

1.6. INDICADORES.

- Doctrina nacional y extranjera.
- Jurisprudencia nacional y extranjera.

1.7. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.

La presente investigación responde a la inquietud de demostrar que el delito de Contaminación del ambiente, tal como se encuentra estructurado en el Código Penal, entra en clara colisión con el Principio de Legalidad pues deja a la norma administrativa que defina los supuestos de hecho del tipo penal, vulnerándose con ello Principios y Garantías, pues de acuerdo

a lo dispuesto en el Art. II del Título Preliminar del Código Penal, se establece que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. Esto es así porque uno de los alcances del Principio de Legalidad es el mando de determinación legal del delito, por el cual éste debe ser claramente determinado por ley, de modo expreso e inequívoco, evitando características poco definidas o abiertas, pudiendo existir sólo un margen limitado de indeterminación como consecuencia de la propia naturaleza del lenguaje, lo que no es respetado en la tipificación del delito de Contaminación del ambiente, pues deja un gran margen de indeterminación para que sea en la norma administrativa donde se defina y se tipifique el delito en mención. Luego de la investigación podemos claramente, demostrar esa vulneración por lo que de *lege ferenda*, se pueda reevaluar la redacción del tipo penal del delito en mención.

Lo propio sucede con el aspecto procesal que impide al Ministerio Público ejercer debidamente sus funciones constitucionales, cual es la titularidad del Ejercicio Público de la Acción Penal, pues necesariamente se debe contar con la opinión fundamentada de la autoridad administrativa ambiental, y no sólo ello, pues aún con el indicado informe, se reduce el campo de acción del Ministerio Público pues restringe su accionar sólo al delito que contempla el referido informe, no pudiendo ir más allá de dicho pronunciamiento pese a que pueda advertirse otro delito adicional, o el calificado por la autoridad administrativa, no sea el correcto. Esto definitivamente motiva a que la regulación contenida en el Art. 149^o.1 de la

Ley General del Ambiente y su correspondiente Reglamento, debe derogarse, con la finalidad de hacer más expeditivo el accionar del Ministerio Público, devolviéndosele el rol que constitucionalmente le corresponde en resguardo del bienestar de la sociedad.

1.8. VIABILIDAD.

La investigación que se pretende realizar es completamente viable, pues no sólo se cuenta con facilidad de acceder a la doctrina nacional y extranjera sino que también la jurisprudencia nacional sobre el delito de contaminación al ambiente, en los cuales encontramos la información necesaria sobre el tema materia de investigación, de esa manera estaremos verificando las hipótesis planteadas como solución al problema general y problemas específicos.

1.9. LIMITACIONES.

Como limitaciones a la presente investigación podemos considerar las entrevistas que se puedan efectuar a los operadores del Derecho, pero no porque advirtamos su falta de cooperación sino por el tiempo del que disponen en sus labores.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO:

2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL.

Se halló una Tesis sobre “La Interpretación de la Responsabilidad Ambiental, el Principio del que Contamina Paga en la Normatividad Administrativa Ambiental de Baja California Sur”, elaborado por Natalia Beatriz GONZALEZ OSORIO¹, en la “Universidad Autónoma de Baja California Sur”, para obtener el título de Maestra en Desarrollo Sustentable y Globalización, arriba a la siguiente conclusión:

“La protección del medio ambiente surgió como respuesta a estas afectaciones, dando lugar al establecimiento de normas. Primero, mediante la integración a las disposiciones ya existentes de la regulación de la contaminación, hasta la incorporación del derecho al medio ambiente como una prerrogativa fundamental. Se logró la expedición de distintos ordenamientos relacionados con la protección de los recursos naturales así como organismos encargados de su vigilancia y aplicación. Surgió entonces una nueva rama del derecho constituida por principios y normas encargadas de la regulación y preservación de nuestro medio ambiente. Esta nueva vertiente tuvo como punto de partida la influencia de las experiencias que a nivel internacional se fueron gestando mediante medidas, sanciones, objetivos y estrategias a fin de regular las acciones negativas producidas por la actividad humana”.

Así mismo se halló otra tesis sobre “Nuevos Riesgos Ambientales y Derecho Administrativo”, elaborado en el 2010 por Hugo Armando GRANJA ARCE², en la Universidad del Rosario, para obtener el grado

¹ Encontrada en la siguiente dirección web:
[file:///C:/Users/usuario/Downloads/10042016_133712_Tesis%20LA%20RESPONSABILIDAD%20AMBIENTAL%20EL%20PRINCIPIO%20DEL%20QUE%20CONTAMINA%20PAGA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/10042016_133712_Tesis%20LA%20RESPONSABILIDAD%20AMBIENTAL%20EL%20PRINCIPIO%20DEL%20QUE%20CONTAMINA%20PAGA%20(1).pdf)

² Encontrada en la siguiente dirección web:
<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/2212/1085250144.pdf>

académico Magister en Derecho Administrativo, arriba a la siguiente conclusión:

“Debe buscarse un sistema de información sincero y transparente, pero además que estimule la participación ciudadana en procesos de toma de decisiones por parte de las autoridades estatales y a su vez se planteen también mecanismos efectivos para que los ciudadanos estén llamados a colaborar con los poderes públicos en la formulación de todas las acciones necesarias para la regulación y control social del riesgo para así proteger al medio ambiente. De esta manera, la concertación democrática para implementar mecanismos de evaluación de riesgos eficientes dará como resultado la legitimación jurídica de las técnicas analíticas y científicas de cuantificación del riesgo y de las decisiones de las instituciones gubernamentales al respecto. Por ello, la importancia de implementar instrumentos de participación ciudadana en materia ambiental tales como la consulta previa, las acciones de grupo, populares, entre otras, estimulando de esta forma la inclusión de la comunidad en los procesos de toma de decisiones por parte de las autoridades estatales.”

2.1.2. A NIVEL NACIONAL.

Se halló esta Tesis “Conciencia Ecológica: Garantía de un Medioambiente Sano”, elaborado en el 2004 por María Elena Katherina PACHECO VARGAS³, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para obtener el grado de Magíster en Derecho Constitucional, arriba a la siguiente conclusión:

“La conciencia ecológica como propuesta de política de gobierno y líneas de trabajo sectoriales es un reto, una necesidad para el país. Debe merecer la importancia de los gobiernos, empresas, tecnócratas y de los comunicadores sociales asignar relevancia al desarrollo de una conciencia ecológica en el país, dado que su impulso implicaría formar una red de presión pública capaz de obligar a todos los actores involucrados en otorgar a la variable ambiental la prioridad que requiere. La expresión de la opinión pública, cual interés colectivo sobre este tema debe impulsar la propuesta de política de gobierno”.

³ Encontrada en la siguiente dirección web:

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/101/PACHECO_VARGAS_MARIA_ELENA_CONCIENCIA_ECOLOGICA.pdf?sequence=1

2.2. BASES TEÓRICAS.

2.2.1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:

2.2.1.1. DEFINICIÓN.

Según el TC⁴, alude, que “El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto”.

Salazar Sánchez⁵, expresa, que de la expresión genuina del Estado Constitucional de Derecho surgen dos instituciones con contenido político distinto. Primero, de naturaleza negativa (AUTONOMÍA) basado en la prohibición de intromisión que se hace a los órganos constitucionales, respecto, de sus funciones, atribuciones y competencias. Segundo, de naturaleza positiva (EQUILIBRIO) dimensión que se realiza mediante la luz roja que se pone al Órgano Legislativo para que delegue su competencia legisferante a otras instituciones y vigilancia recíproca de los órganos constitucionales⁶. Estas autonomías son presencia son conditio sine

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 04053-2007-PHC/TC, Fundamento Jurídico N° 12

⁵ SALAZAR, N., URQUIZO, O: “Derecho Penal Constitucional”, IDEMSA 1° Edición, Lima 2012, pág. 239

⁶ CAVERO LATAILLADE, Iñigo/ ZAMORA RODRIGUEZ, Tomás [autores]: Introducción al Derecho Constitucional, Editorial Universitas, Madrid 1996, pág. 147

quanon para la delimitación de cada órgano constitucional, así como son inseparables como el ser humano y su dignidad.

2.2.1.2. ELEMENTOS DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:

a. CARÁCTER VINCULANTE DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

La Constitución Política si bien es una norma política en la medida que organiza y limita el ejercicio de poder, es fundamentalmente una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y para los propios particulares sin excepción alguna⁷. Señala Prieto Sanchís⁸, que la Constitución no es un “catecismo político” o una “guía moral” sino una norma con la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe.

El TC⁹, lo ha recogido en su jurisprudencia como el principio de fuerza normativa de la Constitución, y según él “La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”.

b. SUPREMACÍA O SUPERIORIDAD JERÁRQUICA EN EL SISTEMA DE FUENTES. La Constitución no sólo es una norma jurídica, sino que es la

⁷ RUIZ, J (2009): “Estado constitucional de derecho, democracia y descentralización” Programa CAPACIDES Fortalecimiento de capacidades para procesos de descentralización, pág., 5-6. Extraído desde: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado_de_recho_ponencias_LIMA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_de_recho_ponencias_LIMA.pdf)

⁸ Luis Prieto Sanchís: “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Trotta, Madrid, 2003, pág. 116.

⁹ Vid. STC 5854-2005-PA, Fundamento Jurídico N° 12; STC 1124-2001-AA, Fundamento 6

norma suprema del ordenamiento jurídico, es la norma de mayor importancia en el sistema de fuente del Derecho, cuyos efectos irradia a todo el ordenamiento jurídico. Esto significa que “la ley o la norma reglamentaria deberán de ajustarse a la Constitución si pretenden ser válidas y regir efectivamente. Ninguna norma con rango de ley ni mucho menos con rango de reglamento, podrán disponer de modo distinto a lo que dispone la Constitución¹⁰”.

c. EFICACIA Y APLICACIÓN INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN.

Una lógica consecuencia de los dos elementos antes predicados de la Constitución Política, es que ésta es de aplicación inmediata y efectiva. Negarle dicha característica implica regresar al Estado Legislativo de derecho en el cual la Constitución no vinculaba a los poderes públicos. En efecto, si la Constitución es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere su desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligatoria¹¹.

d. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN.

En efecto, significa que con la finalidad de proteger y hacer eficaz lo señalado por la Constitución (derechos, valor o principio

¹⁰ RUIZ. Op. cit., p. 7. Extraído desde:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado_de_recho_ponencias_LIMA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_de_recho_ponencias_LIMA.pdf)

¹¹ RUIZ. Op. cit., p. 7 – 8. Extraído desde:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado_de_recho_ponencias_LIMA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_de_recho_ponencias_LIMA.pdf)

constitucional), existe una jurisdicción o una justicia especializada: la constitucional. La razón de esta garantía de la Constitución es que ésta es una norma jurídica, y como tal, tiene una garantía que resguarda su ejecución¹².

e. DENSO CONTENIDO NORMATIVO.

Este es quizá uno de los principales rasgos que diferencian el Estado de Derecho del Estado Constitucional de Derecho. A diferencia del primero, el segundo está caracterizado por un denso contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, aplicables a los casos concretos, siempre que resulten relevantes¹³.

Este elemento del constitucionalismo es de suma importancia pues supone pasar de una concepción formal de la constitución a una concepción material de la Constitución, la cual se convierte en un criterio sustancial de validez de las normas expedidas por el legislador, el poder político y de las resoluciones de los jueces. Esto supone no sólo respetar un conjunto de procedimientos democráticos mayoritarios para tomar decisiones, sino que los contenidos de dichas decisiones deben estar ajustados a los principios, derechos, valores y directrices contenidas en la Constitución Política.

¹² *Ibíd.*, pág. 8 - 9. Extraído desde:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado_de_recho_ponencias_LIMA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_de_recho_ponencias_LIMA.pdf)

¹³ *Ibíd.*, pág. 9 - 10. Extraído desde:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado_de_recho_ponencias_LIMA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_de_recho_ponencias_LIMA.pdf)

f. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.

Esta es también una característica de todo Estado Constitucional de Derechos y constituye una herramienta para defender la vigencia de la Constitución. La cobertura constitucional de este elemento se encuentra en el artículo 206¹⁴ de la Constitución, disposición que establece los procedimientos para modificar la Constitución Política. Por su parte, el Tribunal Constitucional¹⁵, ha señalado que “es indubitable que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución.

2.2.1.3. FUNDAMENTO JURIDICO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

Las normas de la Constitución Política del Estado de 1993, que expresan fundamento del Estado Constitucional de Derecho¹⁶, están contenidas en el artículo 51 donde se señala: “**La Constitución prevalece sobre toda norma legal**”; el artículo 1, manifiesta que, “**La defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado**”; el artículo 38, indica que “**Todos los peruanos tiene el deber (...) de respetar, cumplir y defender la**

¹⁴ Sobre el procedimiento de reforma constitucional, Cfr. “Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. (...) La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0014-2002-AI/TC, Fundamento Jurídico N°4.

¹⁶ Sobre las bases normativas de un “Estado Constitucional de Derecho”, Cfr. Art. 51, 1, 38, 43, 45, 44 de la Constitución 1993

Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación ; el artículo 43, hace referencia al ***“Principio de separación de poderes”***; el artículo 45, ***“El poder emana del pueblo y quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”*** ; el artículo 44, reza ***“Son deberes primordiales del Estado (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (...)”***.

2.2.2. EL DERECHO PENAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

El Estado Constitucional de Derecho es el modelo por el cual nuestro país postula que mediante la jerarquización constitucional de un conjunto de cuerpos normativos, por medio de los que se ha intentado agregar más límites aún, al poder omnímodo del aparato estatal¹⁷. Un precepto constitucional¹⁸ asevera que, **“la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”**.

Para que sea posible la punibilización de una conducta, se torna constitucionalmente necesario que su substrato esté constituido por los siguientes elementos: la afectación grave a un derecho subjetivo constitucional determinado, cuya titularidad, obvio es, recaiga en una persona física. *Afortiori*, es plausible conceptualizar al bien jurídico como el derecho subjetivo personal y disponible, reconocido y tutelado por medio de la Constitución. Nos referimos a derecho subjetivo

¹⁷ Vid. FINKELSTEIN NAPPI, J. (2004): “Sistema Penal, Estado Constitucional de Derecho y Bien Jurídico Afectado. Aproximaciones para un Cambio de Paradigma desde una Perspectiva Crítica”, *Revista Lecciones y Ensayos* (Nº 79) pàg. 263. Extraído desde: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/79/lecciones-y-ensayos-79-paginas-233-265.pdf>

¹⁸ Sobre la Persona Humana, Cfr. Art. 1 de la constitución 1993

constitucional, pues un límite adicional debe estribar en la cantidad y cualidad de bienes cuya afectación pueda ser criminalizada, utilizando para ello la noción de *última ratio* y el principio de subsidiariedad en el Derecho Penal propiamente dicho¹⁹.

Y si circunscribimos la cuestión a la "política criminal", del mismo modo el derecho penal tendrá la obligación de minimizar sus consecuencias, compatibilizándola en todo lo que sea posible con los derechos humanos y la perspectiva constitucional²⁰. De modo que la institucionalidad se corresponde, claro está, con la de un Estado constitucionalizado, es decir, limitado en el ejercicio de su poder²¹.

2.2.3. DERECHO PENAL DEMOCRATICO

Se basa en principios y derechos abstractos e ideales "Debe Ser", constituyendo un límite al poder punitivo del Estado en el marco de este derecho a razón que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad que son fines supremos. En base a ello todas las normas deberán seguir un procedimiento respectivo constituyéndose de esa manera una garantía de la libertad del ciudadano²², que es un límite a la arbitrariedad estatal.

Fundamento democrático del principio de legalidad y su asiento en base a la separación de poderes, se va admitir de manera implícita que las leyes, y en especial las de carácter penal, no pueden

¹⁹ FINKELSTEIN. Op. cit., p. 251. Extraído desde: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/79/lecciones-y-ensayos-79-paginas-233-265.pdf>

²⁰ *Ibíd.*, pág. 248. Extraído desde: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/79/lecciones-y-ensayos-79-paginas-233-265.pdf>

²¹ *Ibíd.*, pág. 264. Extraído desde: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/79/lecciones-y-ensayos-79-paginas-233-265.pdf>

²² SALAZAR. URQUIZO. Op. Cit., p. 263-264.

tener origen autoritario o ser impuestas sin ninguna clase de control tanto político como jurídico²³.

2.2.4. DERECHO PENAL DEL ACTO

El catedrático Rosillo Abarca²⁴, indica, lo que no se debe hacer por parte del juzgador; esto es, sancionar o imponer una pena a una persona por quien es esa persona, ejemplo: su nacionalidad, sus antecedentes penales, sus tatuajes (DERECHO PENAL DE AUTOR). Lo que nos da paso a un razonamiento afirmativo; esto es, que SI se debe sancionar a una persona por lo que hizo, por su conducta (DERECHO PENAL DE ACTO).

El Derecho penal de acto, Derecho penal de conducta o también denominado Derecho penal de hecho, postula que el sujeto responde única y exclusivamente por su conducta; vale decir, responde penalmente por lo que realizó el sujeto estrictamente con el comportamiento que es objeto del proceso penal²⁵.

El fundamento del Derecho penal de acto, es el ***principio de legalidad*** que se encuentra consagrado en la Constitución de la República como garantía básica al debido proceso, no hay delito ni pena sin ley previa, no hay sanción sin proceso previo, son las expresiones del principio de legalidad sustantivo y adjetivo que se tornan en contenedores

²³ *Ibíd.*, pág. 239

²⁴ ROSILLO, V. (2017): "Derecho Penal de Acto" *FUNDACIÓN ACADEMICA [Poder del Derecho]*. Extraído desde: <http://poderdelderecho.com/derecho-penal-de-acto/>

²⁵ URIZA RAZO, Rubén: "Principios del Derecho Penal", ITAM, pág. 33. Extraído desde: http://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/5-4_principios_del_derecho_penal.pdf

o limitantes frente a la latente posibilidad de un ejercicio abusivo del poder de penar.

2.2.5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

2.2.5.1. NOCIÓN DEL CONCEPTO PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

La ley penal es rígida en la que tiene una función decisiva primordial sobre la garantía de la libertad en un Estado Constitucional de Derecho; es decir, esa función suele revelarse en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* (No hay crimen, nula pena sin ley). De allí se deduce que la conexión entre el mal y el delito debe ser advertida en la ley²⁶. En vista de ello, en el ordenamiento jurídico deben estar establecidas en forma previa, expresa, clara, inequívoca e indubitable como presupuesto básico que las leyes que restringen libertades de los ciudadanos:

Urquiza Olaechea²⁷, aduce que, “La ley pasa a cumplir un papel determinante en el curso de la realidad social, a razón de, su carácter vinculante, recíproco y se convierte en base de la seguridad jurídica en la medida que dice al sujeto como orientarse en el mundo, por un lado es prevención y garantía que sus mandatos o prohibiciones serán aplicadas al que lesione ese orden jurídico penal concreto.

²⁶ BACIGALUPO, Enrique: “Derecho Penal - Parte General”, 1ra. Edición ARA editores E.I.R.L., LIMA, 2004. Pág. 99 - 100.

²⁷ SALAZAR. URQUIZO. Op. cit., p. 234

2.2.5.2. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

En este sentido Uriza Razo²⁸, asevera que, el origen del Principio de Legalidad, debe buscarse en la Revolución Francesa y la Ilustración, cuando el pueblo pasa de ser un instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado, a controlar y participar en ese poder, exigiendo garantías para su ejercicio.

Históricamente, la formulación de este principio se debe a Cesar Beccaria, en su obra De los delitos y de las penas, que acusa la influencia de Montesquieu y Rousseau, y también se debe a Feuerbach, que lo desarrolla en función de su teoría de la pena como coacción psicológica, y al que se remonta en su formulación latina nullum crimen, nulla poena sine lege²⁹.

Los antecedentes anteriores³⁰ a la ilustración, que pueden mencionarse principalmente la Magna Charta Libertatum inglesa de Juan Sin Tierra, 1215, no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal y la Constitutio Criminalis Carolina Germánica, de 1532, no prohibía la analogía contra el reo.

En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó de la teoría ilustrada del contrato social³¹, que suponía una organización

²⁸ URIZA. Op. cit., p. 18. Extraído desde: http://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/5-4_principios_del_derecho_penal.pdf

²⁹ Ídem

³⁰ MIR PUIG, Santiago: "Derecho Penal-Parte General, 6º ed., Barcelona 2002, pág. 110

³¹ SALAZAR. URQUIZO. Op. Cit., p. 18-19 Recuperado desde:

http://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/5-4_principios_del_derecho_penal.pdf

política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo, el poder legislativo y quien se adhiere al orden jurídico debe esperar ser protegido por ese orden jurídico³².

Al respecto escribía que solo las leyes dictadas por el poder legislativo pueden establecer los delitos y las penas, en base al contrato social, ya que será el pueblo en un acto de auto limitación, al determinar que serán descritas como delito, y cuáles serán las penas aplicables conductas. En este sentido, el principio de legalidad no es solo una exigencia de seguridad jurídica, sino una garantía política, de que el ciudadano no podrá verse sometido a penas que no admita el pueblo a través de sus representantes en el poder legislativo.

2.2.5.3. EL LLAMADO PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO EXIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO.

El principio de legalidad se enuncia como un postulado básico del Derecho Penal, como exigencia liberal del Estado de Derecho. Bajo dicha denominación se entiende que toda restricción de la libertad ha de llevarse a cabo mediante instrumentos jurídicos, más en concreto, mediante leyes (en sentido amplio), como medio con el que cuenta para regirse la comunidad que elige a sus representantes. Aunque se conocen algunas formulaciones del principio de legalidad con anterioridad a la Ilustración, es durante ésta y bajo el pensamiento ilustrado cuando

³² SALAZAR, N., URQUIZO, O (Coords): "Derecho Penal Constitucional", IDEMSA 1° Edición, Lima 2012, pág. 299.

adquiere un peculiar sentido político: el ejercicio de *ius puniendi*, en la medida en que afecta a derechos y libertades de los ciudadanos, ha de venir establecido por el Poder Legislativo, es decir, por los representantes de aquéllos.

Ya en 1764 plantea C. Beccaria la legalidad como signo de Derecho Penal de la Ilustración³³, expresión de la soberanía del pueblo frente a la arbitrariedad de la actuación judicial. Pero pocos años después (1799-1800), en la obra de Feuerbach, cuando la legalidad adquiere una formulación más acabada. Frente a los excesos de la aplicación del Derecho de su época (del Der De La Cuesta Aguado, Paz Mercedes. Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, pág. 66, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.), expone su convencimiento de que la ley ha de recoger con precisión infracciones y sanciones. En concreto formula en 1801: cualquier imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*); condición de la aplicación de una pena es la existencia de una acción prohibida o delito (*nulla poena sine crimine*); y condición del delito es una pena establecida en la ley (*nullum crimen sine poena legali*). Desde entonces la idea se plasma, con diversas variantes y añadidos, en la formulación de una serie de garantías (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale certa, scripta et stricta*), que viene a resumir la idea de legalidad penal y que se hecho común en la doctrina y jurisprudencia. Pero

³³ BECCARIA, De los delitos y de las penas, 1764 (varias eds. castellanas), caps. IV y V, de donde se extrae el siguiente pasaje, que ha de entenderse en el contexto (cfr. infra, nota 4) de lo que era común en la práctica judicial penal: «un código fijo de leyes, que se deben observar a la letra, no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son o no conformes a la ley escrita.» (trad. De las Casas, varias eds.).

sobre todo, se ve plasmando en los diversos textos de Derechos Humanos y del Derecho Penal codificado³⁴ .

2.2.5.4. FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

EL TC³⁵, aduce que, “El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional, al requerir el literal d) del inciso 24 del artículo 2° de la constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea expresa y inequívoca (Lex certa)”.

Bajo la lógica del Tribunal Constitucional como supremo intérprete³⁶ de la Constitución deduce que el principio de legalidad tiene un efecto erga omnes a razón de la ley, tanto en el Derecho en general y en particular entra a tallar el principio de legalidad esa función se suele expresarse en la máxima³⁷ *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

³⁴ El Código Penal para Baviera (1813, obra de Feuerbach). Aunque el enunciado latino no se recoja, obviamente, en la ley, ésta pretende ser expresión acabada de tal regla: la descripción legal de los delitos y penal ha de ser precisa y apurada, para no dar pie a ninguna duda en su aplicación. Sobre la intención de Feuerbach y sus contemporáneos de limitar el ejercicio del ius puniendi, hay que tener en cuenta cuál y cómo era la práctica judicial en la época anterior.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 45

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. N.° 03378-2014-PA/TC (..) 4. Premisas para el dictado de un precedente vinculante. Son dos las principales premisas para el dictado de un precedente constitucional vinculante por parte del Tribunal Constitucional y que corresponden al rol que le compete como **supremo intérprete de la Constitución**, garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y garante de la supremacía normativa de la Norma Suprema de la República, en armonía con los artículos 200, 201 y demás pertinentes de la Constitución, y los artículos II, III, IV, V y VI del Título Preliminar, y demás pertinentes del Código Procesal Constitucional, y los artículos 1, 2 y demás pertinentes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

³⁷ Ídem

Urquizo Olaechea³⁸, señala que, el fundamento de principio de legalidad está conformado por tres instituciones: una política, una axiológica, y una jurídico-penal.

a) FUNDAMENTO POLÍTICO.

Las normas jurídicas para que sean legítimas deben emanar y ser expresión de la voluntad popular, mas no, de un gobierno de facto. En base a ello se establece el principio de división de funciones del poder político en instituciones en concordancia con el principio de separación de poderes³⁹ y por otro lado la Constitución es clara al decir que la legitimidad para crear leyes⁴⁰ esta concedida al poder legislativo y mediante delegación de facultades legislativas⁴¹ por un plazo determinado lo hace el poder ejecutivo, en consecuencia se convierte en un escudo protector del respeto y protección de la dignidad humana, la libertad individual y los derechos humanos.

Binder⁴², menciona que, “la democracia y el principio de división de poderes permiten la legitimidad por el origen de las leyes, en especial de las penales” Fundamento Político tiene dos aspectos uno que refiere a crear leyes pero estas a su vez no afecten los derechos individuales más allá de lo proporcional en su relación con la seguridad jurídica”.

De lo expresado por Urquizo Olaechea⁴³, explica que, “un

³⁸SALAZAR. URQUIZO. Op. cit., p. 236-246

³⁹ Sobre el principio de separación de poderes, Cfr. Art. 43 de la Constitución

⁴⁰ Sobre la Institución encargada de legislar en materia punitiva, Cfr. Art. 102 de la Constitución 1993.

⁴¹ Sobre la facultad legislativa delegada, Cfr. Art. 104 de la Constitución 1993.

⁴² BINDER, Alberto: “Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual” en Revista Brasileña de la Ciencias Penales, Año 8, N°29, enero-marzo de 2000, pág. 12 y ss. Citado por URQUIZO OLAECHEA, José

⁴³ SALAZAR. URQUIZO. Op. cit., p. 299

ordenamiento jurídico promueve la certeza, el desarrollo del sistema normativo, rechaza la incoherencia y busca la realización del derecho como control de los sujetos y de los poderes públicos”.

b) FUNDAMENTO AXIOLÓGICO.

Es la dirección a la génesis seguridad jurídica como valor y fin del orden jurídico que tiene una función de organización (ventaja que se le ofrece al ciudadano) y de una función de realización (requerimientos que impone a los tribunales de justicia).

De lo dicho se vincula con lo dicho por García Máynez⁴⁴, menciona “la seguridad de orientación o certeza del orden sólo puede hablarse cuando los destinatarios de las normas de un sistema jurídico tienen conocimiento adecuado de los destinatarios de los contenidos de tales normas y, por ende, están en condiciones de orientar su conducta de acuerdo con ellas”.

Siguiendo las líneas de Urquiza Olaechea⁴⁵, señala que, “la certeza jurídica es la expresión de la seguridad jurídica y se caracteriza por el mantenimiento de un mundo sin sobresaltos”, “la ley penal al describir conductas específicas y reglas generales para esas conductas anuncia las formas de comunicación válidas entre los sujetos; dada la, existencia de la regla de la previsibilidad, evitando así un mundo sin “sorpresas” [inseguridad] “ afirmando la concreción de la justicia material y negación del

⁴⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: Filosofía del Derecho, pág. 478

⁴⁵ SALAZAR. URQUIZO. Op. cit., p. 306 - 307

abuso o arbitrariedad ello da lugar a que no pueda ser objetada constitucionalmente⁴⁶.

En fin, cuando se manifiesten conductas fuera del ámbito legal ya descrito; ya sea, negándolo, alterando, reduciendo, actualizando, ampliaciones, creaciones o cualquier mecanismo que lesione el contenido esencial de la ley penal; como consecuencia, se produce la afectación de a la seguridad jurídica e indubitablemente se consagra el abuso y arbitrariedad estatal⁴⁷.

c) FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL.

Salazar Sánchez⁴⁸, señala que, se trata de una actividad de educación y enseñanza comunicando sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas en la realidad diversa que atañe a decir cuáles son ilícitos más graves y de mayor lesividad. La confianza en las normas y la lealtad con el Derecho pasa por el conocimiento del contenido penal. De allí se deduce que, la conexión de mal con el delito tiene que ser amenazada en una ley, conlleva, a la intimidación dirigida al hecho condicionado por la pena⁴⁹.

El principio de legalidad se emplea en todas sus instituciones y categorías del derecho penal⁵⁰; es decir, tanto en la parte general (tópicos que influyen directa o indirectamente en los ámbitos de libertad de los

⁴⁶ BACIGALUPO. Op. cit., p. 144

⁴⁷ SALAZAR. URQUIZO. Op. cit., p. 306

⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 242-243

⁴⁹ BACIGALUPO, Op. cit, pág. 100

⁵⁰ SALAZAR. URQUIZO. Op. Cit., p. pág. 254-255

ciudadanos) y en la parte especial (se expresa en todos y cada uno de los elementos típicos de los respectivos tipos penales).

2.2.5.5. SUBPRINCIPIOS DE PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

2.2.5.5.1. SUBPRINCIPIO DE TIPICIDAD O TAXATIVIDAD (CODIFICACIÓN).

Arroyo Zapatero⁵¹, señala que, este subprincipio derivado de principio de legalidad tiene una doble acepción; es decir, por una parte se quiere unir criterios de política criminal en ese orden de divergencia entre el derecho penal y la realidad social.

En palabras del TC⁵², menciona, que “El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”.

El TC⁵³, asevera que, “el principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea

⁵¹ REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord): “Derecho Penal y Modernidad”, ARA Editores, Lima 2010, pág. 34-35

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 2192-2004-AA /TC, Fundamento Jurídico N° 5

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 46

verificable con relativa certidumbre. Esta exigencia de “lex certa” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso”.

De allí se infiere que se selecciona aquel supuesto relevante y se transforma al lenguaje codificado y normalizado como instrumento tecnocrático a la luz de la administración de justicia para prevenir conductas ilícitas dentro del ordenamiento jurídico y los límites a su actividad punitiva⁵⁴.

2.2.5.5.2. SUBPRINCIPIO DE SUJECCIÓN A LA LEY

Mediante este subprincipio configuró los ámbitos de actuación, competencia y determinó que los alcances del Poder Judicial tenga relación a lo legislado por el legislador; es decir que, “sujeción del juez imparcial a la ley”, es este órgano que aplica la ley más no la crea y que estas a su vez deben reflejar la aplicación estricta de la ley⁵⁵ aseverando que la ley penal es calculable tanto al ciudadano como al juez literalmente.

Manifiesta Ferrajoli: “Los que están investidos de funciones de garantía son por el contrario poderes de cognición, legitimados en cuanto tales por la aplicación de la ley, o sea por la observancia de los

⁵⁴ SALAZAR. URQUIZO. Op. Cit., p. 232

⁵⁵ *Ibíd.*, pág. 304-305

prepuestos legales de las decisiones, ya sean judiciales o administrativas”; así como, se colige con Feuerbach: “El juez está vinculado a la palabra estricta y desnuda de la ley”.

2.2.5.5.3. SUBPRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

El señorío del Poder legislativo en la elaboración de leyes⁵⁶ debe ser expresión de la voluntad del pueblo y del Estado Constitucional de Derecho⁵⁷. Además que solo mediante ley se pueden crear delitos, faltas, medidas de seguridad y penas de esa manera dejando excluido la posibilidad de creación de lo mencionado anteriormente con normas de rango inferior o por demás órganos constitucionales reconocidos en ninguna de sus formas⁵⁸. De lo dicho hasta ahora cabe deducir que la fuente del Derecho Penal es la ley. Se trata de una ley en sentido formal, esto es, emanada de una instancia legislativa en sentido estricto (Parlamento), pero no sólo esto. Bajo el término ley se engloba sin duda la Constitución y los Tratados Internacionales, las diversas leyes que promulga el Poder Legislativo. Pero en sentido estricto, no cabe englobar las normas emanadas del Poder Ejecutivo en ejercicio de funciones normativas de que también se halla en su caso investigado. Aparte, es preciso conocer que leyes en sentido formal son emanadas por diversas instancias legislativas, y que entre las leyes en sentido formal, las hay de diverso género. No todas ellas, son fuente de Derecho Penal. En efecto, doctrina y jurisprudencia se refieren a la “reserva de ley orgánica en materia

⁵⁶ *Ibíd.*, pág. 254-255

⁵⁷ Sobre el tipo Estado, Cfr. Art. 51, 14, 44, 1, 43 & 38 de la Constitución 1993

⁵⁸ SALAZAR. URQUIZO. *Op. Cit.*, p. 302-304

penal”, para expresar que la ley formal en materia penal ha de reunir el carácter de orgánica.

2.2.5.6. GARANTÍAS QUE IMPLICA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Mir Puig⁵⁹ y Uriza Razo⁶⁰ , desarrolla las garantías del principio de legalidad de la siguiente manera:

1) Garantía Criminal.- el delito o crimen debe estar previsto en ley formal y material (*nulum crimen sine lege*).

2) Garantía penal.- la pena debe estar establecida previamente en ley (*nulla poena sine lege*).

3) Garantía jurisdiccional.- no podrá determinarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme, en un proceso seguido conforme a la ley (*nulla poena sine sententiae iurisdictio*).

4) Garantía de ejecución.- la pena debe de ejecutarse tal y como lo prescribe la ley (*nulla exsecutio poena sine lege*).

2.2.5.7. CONTENIDO DEL PRINCIPIO LEGALIDAD:

Salazar Sánchez⁶¹, establece como contenido lo siguiente:

⁵⁹ MIR PUIG, Santiago: “Derecho Penal – Parte General”, B de F Ltda. 7° Edición, Montevideo – Buenos Aires – 2005, pág. 115 - 116

⁶⁰ URIZA. Op. Cit., p. 19. Recuperado desde: http://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/5-4_principios_del_derecho_penal.pdf

⁶¹ SALAZAR. URQUIZO. Op. Cit., p. 234-236.

2.2.5.7.1. LEX CERTA.

La prohibición de crear delitos y penas mediante leyes indeterminadas, que se exterioriza básicamente en el “*nulum crimen, nulla poena sine lege certa*”⁶² en otras palabras el Estado tiene que dar leyes claras implícitamente en el texto que permitan y motiven al ciudadano a comportarse de acuerdo al Derecho, ya que de no ser así serían nulas e inconstitucionales; por lo tanto, queda excluido las clausulas generales⁶³.

Se pretende exigir con la regla de taxatividad que la ley penal ha de ser taxativa, precisa, en la definición de cualquier restricción de los derechos y libertades (de ahí la otra denominación habitual: mandato de determinación). Razón de ello, como ya sabemos, es la pretensión de limitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal, pues de lo contrario la vaguedad e imprecisión dejaría en manos de una instancia no legislativa lo que ha de entenderse por delito y pena. El mandato de determinación prohíbe así el recurso a la analogía para definir delito y pena. Por analogía se entiende la extensión del ámbito conceptual de un enunciado legal más allá de la dicción literal, pero guardando identidad de razón⁶⁴. Puesto que la analogía daría lugar a sobrepasar la letra de la ley, se entiende que no puede ser empleada en Derecho Penal, al menos para establecer el ámbito de lo prohibido y sanciones (delitos y penas) o también conocido como prohibición de la analogía contra el reo. Discutido es, en cambio,

⁶² *Ibid.*, pág. 234 y ss.

⁶³ BACIGALUPO. *Op. Cit.*, p. 101

⁶⁴ Conviene diferenciar interpretación y analogía. Por interpretación se entiende el procedimiento intelectual de fijación del contenido de un precepto, mediante los instrumentos o cánones (gramatical, sistemático, histórico y teleológico). La analogía va más allá de la interpretación, por cuanto la solución o contenido del precepto de que se trata va más allá de lo que permite el sentido literal posible, aunque se mantenga la teleología o finalidad del precepto. La analogía no es por tanto interpretación; ni siquiera es interpretación extensiva o ampliatoria (la que se da cuando se toman los términos del precepto en su significado más amplio posible), pues ésta sigue dentro del sentido literal posible.

lo que puede suceder mediante la analogía a favor del reo, es decir, cuando la analogía favorece (por ejemplo, para restringir el contenido de un delito).

a. Leyes penales en blanco o abiertas.

Son aquéllas contenidas en un artículo que para su integración debemos remitirnos a otro artículo contenido en una ley distinta⁶⁵. Estas normas cumplen con el principio de legalidad, siempre y cuando estén tanto la ley penal como la ley de remisión formuladas o determinados claramente por el poder legislativo.

Bacigalupo, sostiene que, “en vinculación a las leyes penales en blanco el problema de la seguridad jurídica adquiere especial significación, toda vez que el ciudadano no tiene una clara referencia sobre la norma complementaria de la Ley Penal esa situación es frecuente en el derecho”.

La debilidad del principio de legalidad⁶⁶ se manifiesta también en un derecho sancionatorio administrativo al requerir del precepto complementador, en los casos de leyes penales blanco sin límites en cuanto a la reserva de ley en las nombradas cláusulas de remisión inversa.

El Dr. Bacigalupo se planteó una pregunta ¿Bajo qué condiciones una norma sin jerarquía legal (leyes de comunidades autónomas, reglamentos, ordenanzas municipales) pueden complementar una ley penal en blanco?⁶⁷ La respuesta dada a la interrogante depende de cuáles son los derechos afectados por el mandato y la prohibición.

⁶⁵ URIZA, “Principios del Derecho Penal”, Op. cit., 22. Extraído desde: http://faviiofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/5-4_principios_del_derecho_penal.pdf

⁶⁶ BACIGALUPO. Op. Cit., p. 144 - 145

⁶⁷ *Ibíd.*, pág. 151

b. El problema de las leyes indeterminadas.

La estructura de las normas penales se compone de dos partes: i) la descripción de la conducta punible, y ii) la sanción penal. Por grande que fuera el casuismo el legislador nunca podría comprender la rica variedad de hechos que ofrece la realidad, las figuras delictivas se forman por ello en virtud de un proceso de abstracción a partir de los hechos reales. La descripción de estas figuras ha de ser lo suficientemente concreta para que queden satisfechas las exigencias de la seguridad jurídica, es decir, que esté debidamente precisada la conducta⁶⁸.

c. Tipo penal abierto.

Según Uriza Razo⁶⁹, viola el principio de legalidad, toda vez que, al no ser lo suficientemente concreta la descripción de la conducta, no satisfacen las exigencias de la seguridad jurídica.

Jeycheck⁷⁰, hace una diferenciación entre y tipo penal en blanco y abierto, se está frente a un tipo penal en blanco cuando la conducta no está íntegramente descrita, por lo que es necesario la remisión al mismo ordenamiento o a otro a fin de precisarla; por el contrario, el tipo penal abierto es aquel en el que está ausente una guía objetiva para completar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación entre el comportamiento permitido y el prohibido con la sola ayuda del texto legal.

⁶⁸ URIZA, Op. cit. p. 21. Extraído desde: http://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/5-4_principios_del_derecho_penal.pdf

⁶⁹ *Ibíd.*, pág. 22. Extraído desde: http://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/5-4_principios_del_derecho_penal.pdf

⁷⁰ JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho penal. Barcelona: Bosch 1978, p. 336.

d. La técnica legislativa.

El convencimiento social de que ciertas acciones u omisiones deben ser sancionadas, aunque, la técnica legislativa sea defectuosa es algo que se repite a menudo generando el reproche en la opinión pública⁷¹. Se sabe que la estructura de las normas penales se halla conformada por dos elementos básicos: «supuesto de hecho» y una «consecuencia jurídica aplicable»

e. Consideraciones generales acerca de la técnica legislativa.

Siguiendo a Alberto Castells⁷², podríamos definir “la Técnica Legislativa como el arte y la destreza necesaria para llegar a una correcta y eficaz elaboración de la ley. Por lo tanto, la Técnica Legislativa se conforma por los procedimientos, formulaciones, reglas, estilos ordenados y sistematizados, que tratan a la ley durante su proceso”.

“Así como la Teoría Legislativa responde al "hetos" del conocimiento especulativo (*se dirige al qué de las cosas*), la Técnica Legislativa responde al "hetos" del conocimiento práctico (*se dirige al cómo*). La teoría nos enseña el saber, la técnica, el hacer”.

La Técnica Legislativa no va de la teoría a la práctica sino que nace de la práctica misma. Se trata por lo tanto, de un saber instrumental,

⁷¹ BACIGALUPO. Op. Cit., p. 145.

⁷² CASTELLS, Alberto: "Estudios de técnica legislativa: Panorama", conferencia dictada en el marco del Seminario Nacional de Técnica Legislativa organizado por el Instituto de Capacitación Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y la Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil de la Universidad de Buenos Aires, 7-11-97, Citado por la CIDH.

de un saber práctico, donde la motivación consiste en realizar la acción legislativa es de esa práctica conceptualizada de donde recibe la teoría los insumos que le permiten elaborar nuevos conceptos que después revertirán sobre la técnica y la acción a su vez, se abastece de conocimientos auxiliares⁷³.

2.2.5.7.2. LEX STRICTA.

La proscripción de crear delitos y penas a través de la analogía o con leyes que no son escritas, que precisa el “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”⁷⁴ esta acepción se refiere al supuesto en donde la fundamentación y la sanción se realice dentro del sentido literal-teleológico posible.

Se da a entender que esta base de la *lex certa* impide un tratamiento igualitario de casos que presentan idéntico merecimiento de pena de algún supuesto de hecho digno de represión y no se encuentre regulado en la ley, el operador del derecho renunciará a todo procedimiento sobre él.

La aplicación analógica se prohíbe por regla general siempre en cuando sea *in malam partem* (desfavorable al reo), es decir, la que resulta extensiva la punibilidad. Pero se tomara en cuenta excepcionalmente a casos siempre en cuando sea *in bonam partem* (favorable al reo)⁷⁵ como lo es un error de prohibición.

a. Mandato de determinación

⁷³ GROSSO, B. y SVETAZ, M. “Técnica Legislativa: Marco Teórico” *Corte Interamericana de Justicia*, pág. 3 – 4. Extraído desde: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf>

⁷⁴ SALAZAR. URQUIZO. Op. Cit., p. 234 y ss.

⁷⁵ BACIGALUPO. Op. Cit., p. 123 – 125.

En palabras de Mir Puig⁷⁶, señala que, “se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, en la teoría de la determinación de la pena obliga a un legalismo que limite el por otra necesario arbitrio judicial”. Mandato de determinación es expresión de un mandato o prohibición a título imperativo o directivo, de determinar la conducta de su destinatario.

2.2.5.7.3. LEX SCRIPTA

La imposibilidad de crear delitos y penas mediante el derecho consuetudinario, que consagra el “nullum crimen, nulla poena sine lege scripta”⁷⁷ pide al Estado que las normas jurídicas sobre delitos y penas deben ser escritas, de esa manera los ciudadanos tendremos la posibilidad de conocer de la licitud o ilicitud de sus conductas en el margen de lo bueno y malo. Se exige que la Ley sea escrita (normas escritas, y no consuetudinarias), por lo que quedan excluidas normas que no tengan rango formal de ley. Dicha exigencia se ha concretado en la práctica de nuestro Derecho en que la costumbre no puede crear delitos ni penas. Con ello, se pretende evitar la incertidumbre derivada de la imprecisión y falta de conocimiento general que puede tener la costumbre. Sin embargo, téngase en cuenta el matiz: la costumbre no puede ser fuente creadora de delitos y penas, lo cual no impide que tenga cierta relevancia de otro orden.

⁷⁶ MIR PUIG, Op. cit., 116 – 117 & 79.

⁷⁷ Ídem.

2.2.5.7.4. LEX PRAEVIA

La creación de delitos y penas mediante la aplicación retroactiva “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”⁷⁸ quiere decir que la consecuencias o efectos jurídicos a partir de entrada en vigencia de una ley, es decir, para hechos futuros y no para hechos pasados prohibiendo de esa manera la retroactividad penal a una acción u omisión que al momento de producirse no constituya delito⁷⁹, además que la prescripción prohíbe la retroactividad.

2.2.6. EL DERECHO PENAL AMBIENTAL

El Derecho Penal Ambiental, trata de proteger penalmente el ambiente como la *ultima ratio*; es decir, cuando los otros sistemas de control no punitivo hayan fracasado, a razón que excedió los límites del riesgo permitido contempladas en las “normas de calidad ambiental” de contenido extrapenal⁸⁰.

2.2.6.1. DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE COMO DELITOS DE PELIGRO.

La tipificación de los delitos contra el medio ambiente a través de fórmulas de peligro guarda relación con la naturaleza del bien jurídico a proteger, lo que hace permisible un adelanto de las barreras de punición a fases previas a la lesión del interés jurídico. En nuestro ordenamiento penal se ha seguido tal vía conforme vemos en los artículos

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ BACIGALUPO. Op cit., p. 128-130

⁸⁰ CARO CORIA, D. (2013): “Técnicas de Protección en el Derecho Penal del Ambiente”, *Revista de la Academia de la Magistratura* (N°13), pág. 17 - 32

304º a 313º del Código Penal, los cuales han sido configurados como tipos de peligro⁸¹.

Esta decisión resulta coherente, como precisa QUERALT JIMÉNEZ⁸²: "si se piensa en el gran potencial destructor de algunos comportamientos: esperar a la verificación del daño, además de inútil en cuanto a la reparación por ser ésta imposible, tendría un efecto político criminal indeseado: aumentaría el riesgo actual de deterioro del medio ambiente exponencialmente, pues sólo la producción del resultado sería punible".

2.2.6.2. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL AMBIENTAL:

El debate en torno al objeto de protección es un debate sumamente importante para la dogmática de los delitos contra el ambiente. Dos concepciones tratan el tema.

a) CONCEPCIONES BASADAS EN UN ENFOQUE ANTROPOCÉNTRICO

El eje central de las concepciones antropocéntricas es la idea de que el objeto de protección de los delitos contra el ambiente es la persona humana. En ese sentido, cuando se crea un delito contra el ambiente lo que en realidad se protege es un interés humano sobre un aspecto concreto de la naturaleza. Por ejemplo, cuando se crea el delito de contaminación ambiental, no se busca la estabilización del ecosistema,

⁸¹ REYNA ALFARO, L.: "La Protección Penal del Medio Ambiente: Posibilidades y Límites, pág. 7. Extraído desde: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_84.pdf

⁸² QUERALT JIMÉNEZ, Joan. art. cit., pág. 552-553; Terradillos Basoco, Juan. *Protección penal del medio ambiente: Cuestiones para una reflexión inicial*, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Ucayali, N° 1, pág. 92-93, Ucayali, 2000.

porque se considere al medio ambiente como un sujeto de derecho digno de tutela, sino que se lo considera como un bien susceptible de prestar bienes o servicios ambientales.

En esta concepción el medio ambiente -concretado en un ecosistema- es un mero instrumento para satisfacer alguna necesidad humana -presente o futura-. Por ello, su protección se hace indispensable, si se aspira a satisfacer dicha necesidad. De acorde con esta concepción, se postulan como de protección: la estabilidad del ecosistema, la protección de recursos naturales, la conservación del medio ambiente y paisajes, el cumplimiento de la normatividad administrativa, entre otros.

b) CONCEPCIONES ECOCÉNTRICAS.

Las concepciones ecocéntricas parten de un presupuesto totalmente distinto del medio ambiente. Para ellas, se trata de sujetos de derechos autónomos, los cuales requieren de protección penal sin que de por medio se encuentre un interés humano. Estas concepciones se encuentran de acorde a la actual tendencia en la protección ambiental - la que a su vez responde a un cambio de nuestra concepción-, la que pretende reconocer al medio ambiente como un objeto de protección autónoma. Incluso esta tendencia ya se encuentra ganando cada vez más adeptos y alcanzando la normativización, como sucede en el caso de la Constitución Política del Ecuador, en la cual se considera al medio ambiente como un sujeto de derecho.

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

2.2.6.3. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:

a. PROBLEMÁTICA.

El Derecho Penal no es el único sector del Derecho sancionador. El otro sector es el Derecho administrativo sancionador, el cual también sanciona el ejercicio no permitido de la libertad.

El Derecho sancionador estatal tiene distintas formas de reaccionar ante una acción⁸³. Puede valerse del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador. Este último sistema jurídico abarca dentro de sí dos formas de reacción diferenciadas por el tipo de relación afectada con la acción: una relación de sujeción entre el funcionario público y la administración; y, otra relación colectiva entre el ciudadano y la sociedad. El primer sector está compuesto plenamente por las relaciones de sujeción existentes entre el funcionario público y la Administración Pública. Este supuesto ha sido conocido tradicionalmente

⁸³ Sobre las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: Vid. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal*, Tomo I, 4º ed. Idemsa, Lima, 2011, pp. 42-45.

como Derecho disciplinario, siendo el rasgo característico de éste la infracción de una norma que afecta directamente la función pública que ejerce el funcionario. El segundo supuesto viene dado por las relaciones entre la colectividad y la Administración Pública. En este caso la infracción recae sobre una norma que afecta directamente a la colectividad.

Dentro de esta categoría pueden hallarse a su vez una o dos categorías, la cual dependerá de la diferenciación que exista entre Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. Por un lado, si atendiéramos a un criterio cualitativo las normas administrativas en general se diferencian de las penales en el objeto de la protección, por lo que ambos ordenamientos no concurrirían nunca, pues la protección pertenece a ámbitos distintos.

De esta forma sólo existiría una categoría de normas en este sector. Por otro lado, si atendiéramos a criterios estrictamente cuantitativos, partiendo de la identidad de protección entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, ambos protegerían lo mismo, por lo que habría que establecer criterios cuantitativos para diferenciar ambos injustos. Finalmente, se encuentra una postura mixta, que es la que planteamos, que considera que el Derecho sancionador es único, pudiéndose expresar –en relación con la importancia del objeto de protección y la lesión del mismo, atendiendo al principio de *última ratio*– en el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. De esta postura se desprenden dos ámbitos conceptuales: uno de concurrencia de normas y otro, de autonomía entre ambos subsistemas sancionadores.

b. DIFERENCIACIÓN CUALITATIVA.

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

Para el sector de la doctrina que se adhiere a esta diferenciación, el Derecho penal tiene un objeto distinto al del Derecho administrativo sancionador. Por un lado, el Derecho penal tiene como objeto la reestabilización de la vigencia de la norma, para lo cual se vale de la pena y de un proceso dotado de garantías para tal efecto. De allí que el destinatario de estas normas sea la persona, entendida como un ser racional orientado por derechos y deberes. Por otro lado, considera que el Derecho administrativo sancionador tiene como punto de partida al individuo que es el ser sensible movido por los costes y beneficios. Por ende, el diseño del Derecho administrativo sancionador es menos rígido que el penal. Asimismo, la sanción no buscaría la reestabilización de la vigencia de la norma, sino el mantenimiento del funcionamiento global del sector social administrativamente regulado⁸⁴.

⁸⁴ En ese sentido: GARCÍA CAVERO, Percy: "El principio de non bis in ídem a la luz de una distinción cualitativa entre delito de infracción administrativa". En: El penalista de dos mundos. Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo. Cit., pág. 175.

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

En esa línea de ideas el Tribunal Constitucional⁸⁵, en el caso Ramos Colque, ha señalado que: “Es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador”.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 2050-2002-AA, Fundamento Jurídico 8.

c. DIFERENCIACIÓN CUANTITATIVA

Conforme a este esquema de diferenciación la norma administrativa y la norma penal comparten, en determinados ámbitos, el mismo objeto de protección. Sin embargo, existen ámbitos en los cuales cada uno tiene una plena autonomía. En el primero, la diferenciación cuantitativa sólo será posible en caso de objetos de protección coincidentes y se base en criterios estadísticos. Como señalábamos en la introducción, producto del avance de la modernidad se ha ampliado el número de riesgos que pueden afectar a la persona o sus bienes. Para compensar el déficit de seguridad es que el legislador penal, en el caso de ciertos delitos, ha decidido adelantar las barreras de punibilidad y no esperar a la concreción de una infracción a la vigencia de la norma o la lesión efectiva de un bien, sino que ha de sancionar la mera generación de un riesgo para la misma.

Para ello, sobre la base de criterios estadísticos, ha creado los tipos penales denominados de peligro abstracto, los cuales se caracterizan por no haberse materializado en una lesión, sino por ser riesgos que potencialmente pueden convertirse en una lesión. Es importante señalar que este criterio de potencialidad es determinado de forma ex – ante por el legislador, quien ha de decidir cuándo una conducta se considera potencialmente peligrosa, lo que hará sobre la base de criterios técnicos.

Un ejemplo claro de estos delitos de peligro abstracto está en los delitos ambientales. En estas normas no se espera que se produzca

la afectación al medio ambiente para sancionar la conducta, sino que se adelanta la barrera de punibilidad a un estadio previo: la generación de un acto contaminante que ponga en peligro al medio ambiente. Este peligro es cuantificado por una norma administrativa, la cual generalmente es el Límite Máximo Permisible de contaminación, pues una vez superado este límite se considera que la conducta puede afectar al medio ambiente.

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

El presente modelo tiene como gran argumento a su favor el ser coherente con el principio de última ratio del Derecho penal. Según este principio el Derecho penal es el último sector de control jurídico al cual se puede acudir para preservar la identidad normativa de una sociedad. Sólo es posible acudir a él cuando estemos frente a objetos de protección vitales para la existencia y el desarrollo de la sociedad, y

cuando la afectación a estos objetos de protección sea tan intensa que otros sectores del ordenamiento jurídico –que también protejan el mismo objeto- no puedan realizarlo de forma suficiente como para garantizar la vigencia de la norma.

De igual manera, esta diferencia sustantiva se traduce en una configuración más garantista para el proceso penal, en atención a que la limitación de derechos fundamentales que sufrirá la persona será más intensa que el procedimiento administrativo sancionador. Ello no implica que este último esté desprovisto de garantías derivadas del Derecho sancionador, como el principio de legalidad o culpabilidad, sino tan sólo implica que la interpretación que se realice de las mismas será mucho más flexible que en el ámbito procesal penal.

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

2.2.6.4. EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO.

El bien jurídico constituye el constructo basilar, sobre el cual el Derecho penal asienta su legitimidad en el marco de un Estado Social

y Democrático de Derecho; quiere decir, que la inclusión de los comportamientos “penalmente prohibidos”, de relevancia jurídico-penal, deben tener como correlato un interés digno y merecedor de tutela penal, en el sentido de que la protección punitiva se alce como un imperativo categórico, para asegurar la subsistencia de los bienes jurídicos fundamentales. Sabido es que los Códigos Penales de la región, en concordancia con la filosofía que propugna la supremacía de protección de la humanidad, comienza la tipificación de hechos, con aquellos que configuran delitos que atentan contra los bienes jurídicos que forman parte del núcleo duro que protegen la humanidad, tales como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad, familia, etc.; no obstante ello, esta clasificación, dado los avances obtenidos por la humanidad en áreas diversas, nos muestra una nueva cosmovisión del mundo, que debe ser tratada por el Derecho Penal, en respeto a la visión *ius* constitucionalista.

Sabemos que cada día nos vemos inmersos en mayor contaminación del ambiente, la misma que se erige como una de las amenazas más graves pero latente a su vez, pues ponen en peligro la propia subsistencia de la humanidad en el planeta Tierra, por acciones precisamente desarrolladas por el propio hombre debido a su afán industrial, empresarial, etc. Precisamente ese aspecto, configura una grave afectación al ambiente, que abarca dentro de sí, la condición esencial para el desarrollo de la propia vida humana, como de la flora y la fauna, pues dentro de ella se advierten diferentes ecosistemas que deben ser respetados, pues al alterárseles, genera un desequilibrio que redundaría en la afectación al ambiente.

Podemos sintetizar al objeto de protección jurídico penal de la siguiente forma: “Aquel sistema, soporte fundamental sobre el cual han de desarrollarse adecuadamente todos los seres vivos que habitan sobre la Tierra, es decir, un Medio Ambiente que con propiedad, pueda garantizar el desarrollo sostenible de toda existencia vital, así como el de las próximas generaciones, de ahí que se consagre su valor constitucional”⁸⁶.

Decir que el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalizado es afirmar la consagración al más alto rango de un valor que nuestra sociedad considera digno de protección y promoción.

El medio ambiente constituye en palabras de PEÑA CABRERA, un bien jurídico “supraindividual”, pues su titularidad no recae en una sola persona, sino al colectivo de la sociedad; es por ello, que puede hablarse en este caso de “intereses difusos”; es decir, de los que se hallan presentes de “modo informal y propagado a nivel de masa en ciertos sectores de la sociedad, cuya esencia toma lugar a partir de su directa relación con los bienes jurídicos individuales; al margen de que estos comportamientos prohibidos puedan ocasionar daños cuantificables a personas determinables.

⁸⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, en *Los delitos contra el medio ambiente*. Editorial Rodhas, primera edición, marzo 2010, Lima, pág. 94, citando a BARRERO CÁCERES, en la doctrina colombiana, escribe con respecto del modelo del medio ambiente, que el primer rasgo se refiere a la consideración de que el medio ambiente es la condición de posibilidad de supervivencia de los seres humanos, el segundo de que se trata de un derecho fundamental y el tercero la obligación del Estado de garantizar el medio ambiente; es decir, garante de un derecho fundamental; lo obliga a realizar acciones tendientes a lograr la indemnidad del ambiente; *La contaminación ambiental como delito de resultado*, p. 88.

Al respecto, el Art. 82º del Código Procesal Civil⁸⁷ establece: “Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor”. En estos casos no se requiere la efectiva causación de un daño, pues basta la realización de una conducta que coloque en un estado de aptitud de lesión al interés jurídico tutelado. Ahora bien, el “patrocinio de intereses difusos”, se ha confiado a una serie de instituciones públicas y asociaciones civiles legalmente constituidas como el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental.

Hay consenso en señalar que, siguiendo la nomenclatura utilizada por el legislador penal, el bien jurídico protegido es el medio ambiente. A este bien jurídico se le califica de autónomo con la finalidad de rechazar cualquier intento de reconducirlo a bienes jurídicos tradicionales como la salud individual, la salud pública, el orden económico, entre otros.

La importancia del medio ambiente natural para el desarrollo de los seres vivos justifica la decisión de protegerlos penalmente. Sin embargo, el alcance de esta protección depende de si se sigue una perspectiva antropocéntrica o, más bien, ecocéntrica.

⁸⁷ Código Procesal Civil, Decreto Legislativo N° 768

Consideramos también, al igual que Percy García Cavero, que el punto de partida para determinar cuál es el enfoque que debe seguir la normativa penal, es el reconocimiento constitucional del derecho fundamental de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (Art. 2 inciso 22 de la Constitución). Se advierte una protección penal de mayor intensidad, que haya de orientarse no sólo a la conservación y protección de un medio ambiente indispensable para el mantenimiento de la vida humana, sino también para asegurar un nivel óptimo de calidad de vida.

Los delitos ambientales constituyen, por otro lado, auténticos tipos de peligro, de la concreta colocación de un estado de riesgo al bien jurídico tutelado; construcciones dogmáticas, cuyo peligro en algunos casos puede ser contemplado desde una visión concreta y en otros desde un plano abstracto; inclusive de lesión (último párrafo del Art. 305º del CP). No obstante, es de verse también, que en algunos casos el legislador (Poder Ejecutivo), han penalizado meras “contravenciones administrativas”, es decir, elevando a la categoría de norma penal, puras desobediencias administrativas, conforme se desprende de los artículos 310º, 311º, 312º, 313º del Código Penal.

Ahora bien, el bien jurídico en esta titulación del Código Penal, no presenta una homogeneidad absoluta, como sucede en otras parcelas de la criminalidad; como es de verse, cuando hablamos de los “Delitos Ambientales”, se agrupan una serie de injustos típicos, que vulneran específicos marcos del medio ambiente, con ello el sistema ecológico en

sentido estricto, y así como los “Recursos Naturales”, este último a su vez comprende la fauna, la flora silvestre, las especies acuáticas, los recursos genéticos y los bosques, como se revela del contenido de los tipos legales correspondientes.

Como puede observarse, la sistemática legislativa del Código Penal ubica al delito de Contaminación del ambiente, en un lugar preferencial, por cuanto preside el Capítulo Único del Título XIII del Libro Segundo. Dicha ubicación no es producto del azar, sino por el contrario, se ha seguido criterios universalmente aceptados en el sentido que los procesos contaminantes constituyen la forma más tradicional de ataque al ecosistema terrestre. En ese sentido, probablemente, el mayor problema en materia de política (“sanitaria colectiva” y “criminal”), no sea la regulación y el control sobre determinadas enfermedades, sino fundamentalmente el de la contaminación ambiental en general, que también causan, igual o quizá peor riesgo no sólo a la calidad de vida de las existentes y futuras generaciones, sino a todos los componentes de seres vivos en la tierra.

2.2.7. MARCO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

i. MARCO SUPRANACIONAL:

- ✓ **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Costa Rica, 1969) – Establecido en el Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad⁸⁸, según el cual:**

⁸⁸ El Principio de Legalidad y de Retroactividad, en la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Costa Rica, 1969) - Artículo 9.

(...) *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.*

- ✓ **ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (Roma, 1998) – Establecido en la Parte III. De los principios generales de derecho penal⁸⁹, según los siguientes artículos:**

Artículo. 22 Nullum crimen sine lege

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

Artículo 23 Nulla poena sine lege

⁸⁹ Respecto del Principio de Legalidad, ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (Roma, 1998), en el art. 22 - 23

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

ii. MARCO CONSTITUCIONAL:

- ✓ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993 - Establecido en el Artículo 2º, Inciso 24, Literal “d”⁹⁰, según el cual:**

(...) “Toda persona tiene derecho: (...) A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

iii. MARCO LEGAL:

- ✓ **CODIGO PENAL – Establecido en el TITULO PRELIMINAR (Principios Generales) Artículo II.- Principio de Legalidad⁹¹, según el cual:**

(...) “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

2.2.8. REFERENCIAS BÁSICAS DEL DERECHO AMBIENTAL.

2.2.8.1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO AMBIENTAL:

⁹⁰ Base constitucional sobre el Principio de Legalidad, Cfr. [Art.2 inc.24 lit.d] de la Constitución 1993

⁹¹ Tiene como base legal el Principio de Legalidad Penal, Cfr. Art. II TÍTULO PRELIMINAR (Principios Generales) del Código Penal

a. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL.

Desde que la humanidad aprendió a transformar los objetos que tenía a su alrededor para satisfacer sus necesidades, se empezó a contaminar el ambiente. Si bien en un inicio esa contaminación era de manera casi imperceptible que permitía a la naturaleza regenerarse dada su capacidad de autodepuración; sin embargo, con el paso de los años y los avances en el conocimiento humano, cada vez más, era disminuida esa capacidad de autodepuración. Ello se acentuó más dado a los cambios vertiginosos que ha presentado la humanidad a partir de la Revolución Industrial, pues en esa época se empezaron a fabricar máquinas (como la máquina de vapor, máquinas manufactureras, etc.) que si bien permitían aligerar el trabajo humano y producir de una manera más rápida y en mayor cantidad, pero traían como consecuencia lógica, la contaminación del ambiente en que se desarrollaba la actividad.

Con el paso de los años, los avances científicos y tecnológicos jugaron un papel preponderante en el avance de la humanidad con rumbo a un conocimiento que cada vez más se perfeccionaba y que a su vez mejoraba la calidad de vida de los seres humanos, pero a su vez, originaba que los recursos que se empleaban para conseguir ese fin, sean más explotados y sobreexplotados, hasta llegar a escalas de depredación, todo con la finalidad de conseguir la materia prima que la humanidad necesitaba para satisfacer sus expectativas.

Por ello, en la humanidad surgió la necesidad de dar atención a los problemas ambientales que habían surgido y como respuesta a

esa necesidad aparece la ecología, la cual desempeña el papel de ciencia que sirve como medio para conocer los sistemas de vida, su crecimiento y desarrollo en la naturaleza así como las relaciones de los organismos entre sí y entre éstos y el medio ambiente. En el campo de las ciencias sociales, la importancia de la ecología es evidente si consideramos que el hombre, al actuar de manera intelectual, puede quebrar los mecanismos de preservación natural de los ecosistemas y desconocer las consecuencias inevitables de las leyes ecológicas.

Con el paso del tiempo y establecidas las consecuencias nefastas que estaba presentando la Tierra a consecuencia de la depredación de los recursos naturales y de la contaminación por la mano del hombre, el Derecho comenzó a regular las acciones humanas y proteger espacios que en otro momento carecían de tutela jurídica, pues el Derecho se muestra como el medio para determinar y hacer valer el “deber ser” en lo tocante a las relaciones entre el hombre y el ambiente. Consecuentemente, el Derecho se presenta de esta manera como el camino para lograr la observancia constante y generalizada de ciertas conductas humanas tendientes a proteger el ambiente.

Por medio de la norma y la coacción, el derecho resulta ser una respuesta social viable para detener la destrucción voraginosa del ambiente por el ser humano, para ello acudió al Derecho civil, Derecho constitucional y al Derecho Penal. En este último, a través de la tipificación de los delitos cometidos contra el ambiente, tipificado en nuestro Código Penal desde el Art. 304° al 313°, para posteriormente tipificar los delitos que se enmarcan del capítulo sobre la Responsabilidad funcional e información falsa (Art. 314° a 314°B) y las medidas cautelares y exclusión o reducción de penas

(Art. 314°C a 314°D). Siendo que el presente trabajo se enfocará en analizar el delito de Contaminación del ambiente, propiamente dicho, previsto en el Art. 304° del Código Penal.

Es preciso indicar que el deber de proteger el ambiente, no se originó en nuestro país, sino en la comunidad internacional quien advirtió que a consecuencia del desarrollo industrial de los países del mundo se ha comprometido la vida en el planeta, incluida la de los seres humanos, pues la sobreexplotación de los recursos naturales ha generado serios problemas ambientales, como contaminación atmosférica y de los mares, la lluvia ácida, el calentamiento global por la alta concentración de gases productores de efecto invernadero, el daño a la capa de ozono y la pérdida de diversidad biológica, que se han acumulado paulatinamente y cuyos efectos negativos trascienden fronteras y rebasan la capacidad de los Estados para solucionarlos, aunque sean causados por fuentes contaminantes que se encuentren en sus territorios correspondientes, por ello es que se firmaron Tratados Internacionales como el Protocolo de Kioto sobre el Cambio Climático, la Convención sobre la Diversidad Biológica; el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología y recientemente el Acuerdo de París de 2015, así como el surgimiento de legislaciones más o menos restrictivas de las actividades humanas frente al entorno.

Ello no es casual, dado que los problemas del ambiente no son problemas que atañan a un sólo país, sino que en muchos casos tienen repercusiones en varios países vecinos o en el mundo en general, dada la característica de "Transfronterizo" del Derecho ambiental. Ejemplos de estas situaciones los podemos encontrar en la obra de Luis Miguel Díaz

Responsabilidad del Estado y contaminación, donde destaca el caso Trail Smelter en el cual una empresa fundidora canadiense, situada a siete millas de la frontera internacional entre Canadá y Estados Unidos, generó grandes cantidades de ácido sulfúrico y otros humos nocivos los cuales, debido a ciertas condiciones atmosféricas, fueron llevados por las corrientes de aire al otro lado de la frontera causando daños a las cosechas y a la vegetación ubicada en la parte fronteriza de Estados Unidos⁹².

De esta manera, los países han decidido participar conjuntamente en la celebración de tratados y acuerdos internacionales en los cuales se establezcan normas, principios, criterios y lineamientos para que todos implementen, en sus respectivos sistemas normativos, acciones de control y prevención de daños a los ecosistemas o a recursos naturales en particular, y sancionen conductas que dañen o puedan dañar el ambiente.

b. ETAPAS DEL DERECHO AMBIENTAL.

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

⁹² Luis Miguel Díaz, *Responsabilidad del Estado y contaminación*. Aspectos jurídicos, 1a ed., Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 73-76.

hito grafica claramente la primera etapa del Derecho ambiental: El conservacionismo.

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

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

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

crecimiento de la población mundial, los cuales daban cuenta del sobre poblamiento, y -con él- el inminente problema alimenticio derivado.

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

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

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

El contexto y la preocupación sobre el medio ambiente, era una preocupación del hombre como especie, la cual debía cuidar su entorno, si quería asegurar su existencia futura y la de sus descendientes. Uno de los productos más conocidos de dicho pensamiento fue el famoso Informe Brundtland. En dicho informe se acuña el concepto que, hasta la fecha, tiene mayor trascendencia en el enfoque ambiental: el desarrollo sostenible. Según este concepto, es permitida la explotación de los recursos naturales; sin embargo, la misma debe realizarse de forma tal que no coloque en riesgo la disponibilidad de los mismos para las generaciones futuras⁹³.

c. TENDENCIAS ACTUALES Y ENFOQUES DEL DERECHO AMBIENTAL.

A medida que nos identificamos y nos centramos en las tendencias emergentes en relación con el Estado de Derecho en Materia Ambiental y en las formas de frenar el uso irresponsable del medio ambiente y los recursos naturales, hay que tratar de desarrollar un paradigma más integrado para el desarrollo sostenible - que equilibre el funcionamiento del mercado con los retos sociales y las oportunidades que ofrece el medio ambiente.

La OEA ha tenido un interés profundo y permanente sobre los temas tratados en estos ensayos. El desarrollo integral, los derechos humanos, la seguridad multidimensional y la democracia son los cuatro pilares principales de la OEA y han recibido una atención considerable desde la formación de nuestra organización. En consecuencia, creo que la OEA tiene mucho que ofrecer a la comunidad mundial, tanto en términos de la

⁹³ Material auto instructivo de la Academia de la Magistratura. Curso "Delitos Ambientales" 2016, pp 29-31. Elaborado por el Dr. Daniel Osarim Huamán Castellares

disponibilidad de instrumentos claros y cuidadosamente negociados como la Carta Democrática Interamericana, la Carta Social de las Américas y la Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones sobre Desarrollo Sostenible, y también en términos de las lecciones importantes aprendidas durante más de 50 años de trabajo innovador en el medio ambiente y el desarrollo sostenible.

En ocasiones parece existir una tendencia a asimilar el mejoramiento de procesos a reformas normativas. La exploración minera debería estar licenciada, pues ninguna actividad que tenga el potencial de causar impacto en las fuentes de agua debería estar desregulada⁹⁴. Esta tendencia se ha acentuado con la creación de un órgano judicial permanente como es la Corte de la Haya, que ha evidenciado una definida tendencia a seguir los precedentes seguidos por otros tribunales y por ella misma”.

La participación social en el sistema judicial es un fenómeno clave para lograr un sistema normativo inclusivo, democrático, que refleje las verdaderas tendencias que afectan a una sociedad. Es cierto que no alcanza con ellas y que la participación social en el sistema de administración de justicia los criterios de buena gobernanza en materia ambiental, es decir normas que reflejen los valores necesarios para mantener el desarrollo humano en forma sostenible⁹⁵.

⁹⁴ Congreso Interamericano el Estado de Derecho en Materia Ambiental: Tendencias en las Américas; Ensayos Seleccionados [Publicado por el Departamento de Desarrollo Sostenible de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos]. Montego Bay 2015, pág. 76. Extraído desde: http://www.oas.org/es/sedi/dsd/EstadoDeDerechoEnMateriaAmbiental_EnsayoSeleccionado.PDF

⁹⁵ *Ibíd.*, pág. 76. Extraído desde: http://www.oas.org/es/sedi/dsd/EstadoDeDerechoEnMateriaAmbiental_EnsayoSeleccionado.PDF

Tendencias relacionadas con la sostenibilidad de las inversiones, los vínculos legales y de políticas con el cambio climático, el apoyo para el cumplimiento ambiental mediante el uso de instrumentos basados en el mercado y herramientas de ordenamiento, así como los desafíos en las evaluaciones de impacto ambiental son analizadas en los extractos presentados bajo este sub tema para informar el proceso de toma de decisiones desde la esfera nacional a la global⁹⁶.

Sin embargo, si bien se podría señalar que la tendencia tanto de la legislación como de la institucionalidad estaba enfocada en el fortalecimiento del Sector Ambiente, la desaceleración económica en la que actualmente se encuentra no sólo el país sino la región entera está haciendo que la gestión ambiental peruana entre en una nueva etapa, la era de la flexibilización de las regulaciones ambientales como una respuesta ante la necesidad de promover la inversión⁹⁷.

Se requiere un enfoque integral de la sociedad, que incluye a los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado para hacer frente a los desafíos de nuestro tiempo⁹⁸. La gente es la representación misma del árbol de Gobierno. Y considero el Estado de Derecho como el tronco que sostiene el árbol, apuntalado por un enfoque de gobernanza inclusiva, centrada en consulta con todas las partes interesadas, de rendición de cuentas y transparencia.

⁹⁶ *Ibíd.*, pág. 79. Extraído desde: http://www.oas.org/es/sedi/dsd/EstadoDeDerechoEnMateriaAmbiental_EnsayoSeleccionado.PDF

⁹⁷ *Ibíd.*, pág. 83. Extraído desde: http://www.oas.org/es/sedi/dsd/EstadoDeDerechoEnMateriaAmbiental_EnsayoSeleccionado.PDF

⁹⁸ *Ibíd.*, pág. 5 - 6. Extraído desde: http://www.oas.org/es/sedi/dsd/EstadoDeDerechoEnMateriaAmbiental_EnsayoSeleccionado.PDF

El árbol de Gobierno, en las palabras del presidente Lincoln, “desaparecerá de la tierra” si el entorno natural del que deriva su sustento, es comprometido o contaminado de alguna manera; si sus ramas ejecutiva, legislativa y judicial actúan de una manera que hace caso omiso de la voluntad de la gente y no protege y avanza el bienestar de las personas en el desafío que tenemos ante nosotros es cómo diseñar un sistema de gobierno democrático y ambiental que sea la representación del árbol de Gobierno descrito anteriormente.

En el centro de este enfoque debe estar la educación y la comunicación sostenida, especialmente entre los usuarios de los recursos naturales, sobre las leyes y procedimientos que son necesarios y que se encuentran listos para facilitar la aplicación y cumplimiento efectivo. El estado de derecho en materia ambiental tiene el propósito de lograr la equidad sin avanzar el desarrollo sostenible garantizando un enfoque basado en los derechos y el respeto a los derechos esenciales, tales como el derecho a la alimentación, el derecho al agua y el derecho a un medio ambiente sano⁹⁹.

Un enfoque basado en los derechos humanos consiste en potenciar a las personas a conocer y reivindicar sus derechos y aumentar la capacidad y la responsabilidad de las personas y las instituciones que son responsables de respetar, proteger y cumplir los derechos. La idea de un enfoque preventivo implica la incertidumbre en la toma de decisiones que pueden tener un impacto presente o futuro en la calidad del medio ambiente.

⁹⁹ Ídem.

Se trata de ejercer cautela y proporcionar un margen de seguridad, con la esperanza, de evitar niveles inaceptables de daño ambiental¹⁰⁰.

Es así que el enfoque regulador en los temas de biodiversidad y recursos forestales se enfocó más al cumplimiento de permisos y trámites administrativos sobre corte y tala, más que en la promoción de acciones legales que frenen la deforestación y el deterioro de áreas protegidas o bosques protectores¹⁰¹.

2.2.8.2. PRINCIPIOS CENTRALES DEL DERECHO AMBIENTAL:

a. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN.

Uno de los principios que forma parte del Derecho ambiental, es el principio de prevención. Este principio se encuentra regulado en el Art. VI de la Ley General del Ambiente, bajo el siguiente texto: “La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que corresponda”.

Los daños infringidos al ambiente no siempre pueden ser materia de restauración, por lo que la regla de reponer las cosas al estado anterior de la afectación, que subyace a la obligación de reparación por daños, en estos casos no resulta útil; máxime si tales daños son graves o irreversibles,

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ Ídem.

como puede ser la contaminación o depredación ambiental que conlleven la alteración de un proceso ecológico esencial, la extinción de hábitats, ecosistemas o especies; es decir, cualquier cosa que afecte el derecho humano de habitar en un ambiente sano o que ponga en riesgo el desarrollo sostenible. Por ello, cuando existe certeza de que una actividad puede provocar daño ambiental, deberán adoptarse las medidas para prevenir, vigilar y evitar que éste se produzca. Son aplicaciones de este principio las obligaciones de controlar los efluentes potencialmente contaminantes en la fuente (chimeneas, tuberías de descarga, relaves, etc.), la aprobación del EIA previo a la autorización de una intervención, la vigilancia y monitoreo ambiental, las inspecciones de oficio inopinadas a los centros de producción o comercio, etc.

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

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

b. PRINCIPIO PRECAUTORIO.

Este principio de suma importancia para el Derecho penal ambiental, se encuentra regulado en el Art. VII de la Ley General del Ambiente,

bajo los términos siguientes: “Cuando haya indicios razonables de peligro de daño grave o irreversible al ambiente o, a través de este, a la salud, la ausencia de certeza científica no debe utilizarse como razón para no adoptar o postergar la ejecución de medidas eficaces y eficientes destinadas a evitar o reducir dicho peligro. Estas medidas y sus costos son razonables considerando los posibles escenarios que plantee el análisis científico disponible. Las medidas deben adecuarse a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción. La autoridad que invoca el principio precautorio es responsable de las consecuencias de su aplicación”.

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

El fundamento de precaución, fue establecido en el principio 15 de la Declaración de Río, aunque su afirmación con carácter general se produjo en la Declaración Ministerial sobre el desarrollo sostenible, adoptado en Bergen en mayo de 1990 por los países integrantes de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. Este principio se ha erigido – por iniciativa de los países industrializados- como uno de los instrumentos

fundamentales de la protección internacional del medio ambiente, y algunos países lo han incluido en sus respectivas legislaciones.

No obstante, contrario a lo que pudiera parecer, de su contenido se desprenden determinados límites para su observancia y aplicación: a) Que los Estados apliquen ampliamente el enfoque de precaución conforme a sus capacidades, significa que su interpretación será menos estricta respecto de los países en vías de desarrollo, considerando el principio de responsabilidad común pero diferenciada; b) La aplicación del principio tendrá lugar en casos de falta de evidencia científica absoluta, por lo que debe tratarse de cuestiones respecto de las cuales se han alcanzado conocimientos precisos aunque persistan algunas incertidumbres; en sentido contrario, este principio no debe aplicarse en relación con problemas eventuales; c) Las medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente sólo pueden postergarse en función de los costos dejando abierta la posibilidad de retardar tales medidas que, aunque seguramente serán eficaces, presentan un costo excesivo o desproporcionado; d) Dicho principio sólo opera cuando hay peligro de daño grave o irreversible, mientras que en caso de riesgo cuyo alcance es reducido no es necesario aplicar un enfoque o criterio precautorio.

Por su parte el Grupo de Expertos sobre el principio precautorio convocado por la UNESCO, señala que el referido principio se aplica cuando existe una apreciable incertidumbre científica acerca de: a) La causalidad del daño; b) su magnitud; c) la probabilidad; y, d) la naturaleza del mismo. Es decir, a cierta evidencia relativa a la probable generación del daño, como se indica en la siguiente cita: El PP (principio precautorio) se aplica en

ejercicio de convicciones de razonabilidad sustentada en datos científicos, no sobre la base de temores irracionales o percepciones tremendistas, sin sustento en criterios objetivos suficientes. Ello requiere una equilibrada y prudencial percepción del principio. Los criterios de razonabilidad científica suficiente responden a la mejor información pertinente.

c. PRINCIPIO CONTAMINADOR – PAGADOR O DE INTERNALIZACIÓN DE COSTOS.

Finalmente, también es sumamente relevante para el Derecho Penal, el principio de contaminador-pagador, el cual se encuentra regulado en el Art. 8 de la Ley General del Ambiente, el cual señala que: “Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos”.

El nombre de internalización de costos tiene su origen en la teoría económica. Una acción típica de aquella persona que realiza un acto de contaminación ambiental es procurar que los costos de sus acciones sean pagados por terceros, para así reducir sus costos de producción. Sin embargo, lo que esta norma hace es obligar al contaminador a asumir el costo de las externalidades negativas de su acción. Un ejemplo nos ayudará a entender mejor esta dinámica. Supongamos que tenemos una fábrica que produce altas emisiones de gases contaminantes. Si la empresa no adopta medidas de

protección que evite que estas emisiones sean atenuadas, las mismas afectarán a las personas que respiran el aire contaminado de la fábrica.

Los efectos serán la afectación de la salud de esas personas, las cuales se ven afectados por el accionar de la fábrica. Es gracias a este principio que la fábrica se encuentra obligada a, en primer lugar, evitar emitir gases por encima del límite máximo permisible, para lo cual debe tomar todas las medidas de prevención. Asimismo, en caso de que estas hayan escapado, quien ha de pagar por los daños causados a las personas y al medio ambiente, no serán los afectados ni el Estado, sino la empresa causante de las emisiones contaminantes. Es importante resaltar que la norma hace una adecuada generalización del ámbito subjetivo: todo causante -sin importar su condición- está obligado a pagar por el acto impactante. Incluso el Estado se encuentra obligado por este principio, de ahí que si ha realizado una acción de impacto ambiental debe pagar por ella; o, en caso de realizar una actividad que pudiera tener un efecto sobre el medio ambiente, se encuentra obligado a asumir los costos que implica dicha labor de prevención.

El orden de las acciones (prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y compensación), no es un orden casual. Las medidas son subsidiarias, siendo la compensación la última opción, la cual sólo es posible de realizar si es que se ha asumido los costos anteriores, o, el daño es inevitable y se cuenta con una autorización para realizarlo. En pocas palabras, mediante la observancia de este principio se persigue que los bienes y servicios cuya producción y/o consumo sean causantes de contaminación, reflejen en sus precios el costo de las medidas de prevención y

control de dicha contaminación, debido a que las valoraciones económicas pueden ayudar a que los agentes económicos consideren los efectos o impactos adversos al ambiente antes de realizar las actividades productivas o de consumo causantes de esos resultados.

Es necesario entender que, con este principio, no se está pagando por contaminar sino internalizando los costos de los potenciales daños al ambiente en el proceso de producción del agente contaminador. Ello en razón a que se entiende que el creador de un riesgo es quien debe hacerse cargo de las consecuencias que su actividad puede ocasionar. Al respecto también el Principio 16 de la Declaración de Río establece que: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

2.2.8.3. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LA CALIDAD AMBIENTAL

a. LA FUNCIÓN DE LA GESTIÓN DE LA CALIDAD AMBIENTAL.

La calidad ambiental es uno de los conceptos centrales de la protección ambiental, no sólo en nuestro país, sino en todo ordenamiento jurídico. Ella garantiza las condiciones para que un determinado entorno pueda subsistir. La gestión de la calidad ambiental tiene distintos instrumentos para determinar cuándo se está o no ante una situación en la cual la excesiva concentración de un componente, o más, rebasa la capacidad de un elemento

para: transformar sustancias naturales, o, asimilar, transformar o eliminar sustancias sintéticas. En buena cuenta y dicho simplemente: cuando estamos o no frente a un acto de contaminación. Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos diseñados e implementados para cumplir con la política ambiental nacional y las normas ambientales del país.

Nuestro sistema se basa en dos parámetros para medir ello. Los estándares de calidad ambiental (ECAS's) y los límites máximos permisibles (LMP's). Es necesario resaltar que no existe un parámetro general que indique que un LMP o un ECA son aplicables para toda situación, sino que -por el contrario- la regulación es sectorial. Ello significa que, por ejemplo, los LMP's sobre el agua de la actividad minera no serán los mismos que los aplicables a la industria de manufacturas. Los ECA son de aplicación general, es decir, para la sociedad en su conjunto; en tanto que los LMP han sido desarrollados para regular actividades particulares.

Los ECA son indicadores de calidad ambiental. Miden la concentración de elementos, sustancias u otros en el aire, agua o suelo. Su finalidad es fijar metas que representan el nivel a partir del cual se puede afectar significativamente el ambiente y la salud humana. No son de exigencia legal sino son usados para el establecimiento de políticas ambientales públicas. En la medida en que son estándares generales, se deben aplicar a la sociedad en su conjunto. Es decir, no miden las emisiones de alguien en particular sino que buscan establecer un nivel aceptable de calidad para las emisiones realizadas por todos nosotros.

La medición se realiza directamente en el aire, agua o suelo (conocidos como cuerpos receptores), dependiendo del caso. Así los ECA indican, por ejemplo, que en el aire sólo puede existir una determinada concentración de partículas por millón (ppm) de CO₂ (dióxido de carbono), sin importar qué industria, municipio o persona es la que generó la emisión. Se asume que todos somos responsables de dichas emisiones. En caso de encontrarse que las emisiones totales superan el valor determinado por el ECA, la entidad correspondiente, en este caso el Ministerio del Ambiente, se encargará de investigar y determinar las razones de la excedencia para tomar las medidas correctivas del caso, en coordinación con autoridades y otros actores locales.

Los LMP miden la concentración de ciertos elementos, sustancias y/o aspectos físicos, químicos y/o biológicos que se encuentran en las emisiones, efluentes o descargas generadas por una actividad productiva en particular, pues son a través de ellos que se puede afectar el aire, el agua o el suelo.

La fijación de dichos límites tiene como finalidad proteger al ambiente y la salud humana de ciertos elementos y/o sustancias que puedan representar un riesgo para ellas, pero a diferencia de los ECA los LMP establecen un límite aplicable a las emisiones, efluentes o descargas al ambiente, individualizando los límites por actividad productiva. Así, los LMP son exigibles y su cumplimiento es obligatorio para cada una de las personas o empresas de cada sector. Por ese motivo, cada una de las personas o empresas debe realizar las acciones necesarias para que su accionar no implique sobrepasar los LMP establecidos.

Entre los sectores para los que se han establecido LMP tenemos: transportes y comunicaciones, minería, hidrocarburos, electricidad, construcción y saneamiento, industria cementera, de curtiembres y papel, así como la industria pesquera, entre otros.

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

Para controlar las emisiones de agentes contaminantes se han creado los siguientes documentos: Reglamento de estándares nacionales de calidad ambiental del aire; Estándares de calidad ambiental (ECA) para suelo; Valor anual de concentración de plomo; Estándares nacionales de calidad ambiental para ruido; Estándares nacionales de calidad ambiental para radiaciones no ionizantes; Estándares nacionales de calidad ambiental para agua.

b. LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES.

La Ley General del Ambiente, en el Art. 32.1, define al Límite Máximo Permissible de la siguiente manera: “Es la medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y

biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el MINAM y los organismos que conforman el sistema nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio”.

El límite máximo permisible guarda coherencia entre el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y los niveles generales que se establecen en los estándares de calidad ambiental. La implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas, de acuerdo con las normas sobre la materia. Los LMP sirven para el control y fiscalización de los agentes que producen efluentes y emisiones, a efectos de establecer si se encuentran dentro de los parámetros considerados inocuos para la salud, el bienestar humano y el ambiente. Excederlos acarrea responsabilidad administrativa, civil o penal según el caso.

Su fijación no obedece estrictamente a criterios ambientales, sino que también toma en cuenta criterios económicos. Por ejemplo, si es que se desea que una actividad pueda ser realizada, debe permitirse un nivel determinado de contaminación. Si bien se produce una afectación al medio ambiente, los beneficios que dicha actividad trae hacen que se justifique el daño antes mencionado. Es precisamente ese el espíritu que trajo consigo la emisión de la ley 30230 , la misma que en su Art. 23º establece expresamente que los LMP y también los ECA deben basarse en un análisis de impacto regulatorio y económico sobre las industrias y poblaciones involucradas.

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

Otro elemento es la atribución directa de una acción contaminante cuando la descarga, emisión o el efluente supere los parámetros establecidos en el Límite Máximo Permissible. Al respecto, es necesario señalar que, al ser nuestra regulación sectorial y no general, es posible que para algunas actividades económicas no exista este instrumento de gestión ambiental sobre un determinado elemento. En estos casos, en atención al principio de legalidad, la conducta será manifiestamente atípica: es decir, no se podrá establecer sanción alguna por dicho acto.

c. LOS ESTÁNDARES DE CALIDAD AMBIENTAL.

Constituyen el otro gran grupo de parámetros para la gestión de la calidad ambiental. Ellos se encuentran definidos en el Art. 31, numeral 1, de la Ley General del Ambiente: “El Estándar de Calidad Ambiental –ECA- es la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. Según el parámetro en

particular a que se refiera la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos”.

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

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

2.2.9. LAS CUESTIONES DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL LATINOAMERICANO. (Referencias Sustanciales):

2.2.9.1. CUESTIONES DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL.

Al hablar del derecho ambiental latinoamericano se deben hacer algunas consideraciones sobre los problemas que presenta su aplicación,

esto es, sobre lo que la Conferencia de Río denominó la “efectividad” de las leyes ambientales.

Raúl Brañes Balleteros¹⁰², decía en su artículo “Los mecanismos para la aplicación del Derecho para el desarrollo sostenible en América Latina”, que existe una percepción generalizada en orden a que la legislación ambiental –en todas partes del mundo-, tiene un bajo nivel de aplicación, lo que se explica habitualmente por razones de orden fáctico, principalmente por la falta de voluntad de las autoridades políticas y administrativas llamadas a ponerla en práctica. Este punto, sin embargo, nunca ha sido explorado suficientemente. Tampoco se ha estudiado suficientemente la aplicación de la legislación ambiental por los órganos jurisdiccionales del Estado, cuyos niveles también son percibidos como bajos pero por razones que nunca se ponen en claro.

Entre los factores que hacen ineficiente la legislación ambiental, se encuentran, en opinión de Brañez, tanto su falta de desarrollo como el enfoque equivocado que asume para el tratamiento de los asuntos ambientales cuando concurren todos o algunos de los siguientes elementos: 1) la falta de presencia de la idea del desarrollo sostenible en el sistema jurídico en general y, especialmente, en la legislación económica; 2) la carencia de instrumentos apropiados para su aplicación, en particular de aquellos de naturaleza preventiva; 3) la falta de consideración de las cuestiones sociales y naturales involucradas en los asuntos ambientales; y 4) su heterogeneidad no sólo material sino también estructural.

¹⁰² BRAÑEZ BALLESTEROS, Raúl, en “La fundación del Derecho Ambiental en América Latina”. PNUMA, 2006, pág. 69.

Es importante destacar que los factores de ineficiencia de la legislación ambiental que se acaban de señalar, están presentes en los sistemas jurídicos existentes en América Latina para la protección del medio ambiente y contribuyen a crear un cuadro de ineficacia de la misma legislación ambiental, que es bastante típico en nuestra región (pero no sólo en esta parte del mundo). Sin embargo, la situación de ineficacia de nuestra legislación ambiental no se explica sólo con razones de ineficiencia. Si así fuera, todo el problema se reduciría a mejorar técnicamente dicha legislación.

En lo que se refiere a los factores de ineficacia, no es posible determinar de una manera abstracta cuáles son los problemas de ineficacia propiamente tales de la legislación ambiental de los países de América Latina y, en general, de cualquier país del mundo, pues la verdad es que ello sólo puede ser identificado a través de un análisis concreto de cada situación concreta. Por eso a continuación se explica la ineficacia propiamente tal de la legislación ambiental latinoamericana a través de dos aspectos básicos, a saber: 1) La insuficiente valoración social de la legislación ambiental por sus destinatarios, lo que muchas veces incluye el desconocimiento de la misma; y 2) Las deficiencias que presentan las instituciones encargadas de aplicar administrativa y judicialmente la legislación ambiental.

En nuestra región, la aplicación de los mandatos contenidos en la legislación ambiental está encomendada básicamente a los organismos administrativos que crean los mismos sistemas jurídicos para la protección del medio ambiente, para lo cual son dotados de atribuciones normativas y ejecutivas, entre las que figura la de velar por la aplicación de la legislación

ambiental y aplicar sanciones administrativas si se contravienen sus disposiciones (ius punendi).

Como es obvio, la aplicación de los mandatos contenidos en la legislación ambiental también depende de los organismos jurisdiccionales del Estado. En general, la aplicación de las normas jurídicas está confiada, en último término, a los tribunales de justicia¹⁰³.

2.2.9.2. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO AMBIENTAL Y LOS AVANCES EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL.

Raul Brañez Ballesteros, quien fuera uno de los que participó activamente en la integración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente – PNUMA-, abordó este tema indicando que la ineficacia de la legislación ambiental tiene que ver, además, con las deficiencias que presenta su aplicación judicial, por razones que muchas veces están vinculadas a la ineficiencia de la propia legislación ambiental, en tanto ésta no tiene previstos mecanismos apropiados para su aplicación por los órganos jurisdiccionales.

Pero, el problema es más complejo aún y tiene que ver con muchos otros factores, que van desde las insuficiencias generales que presenta la administración de justicia en los países de la región – que se expresan en una escasa capacidad de respuesta a las necesidades de los justiciables-, hasta insuficiencias específicas de la misma administración en materia de justicia ambiental, que incluye entre otros factores la inexistencia de operadores jurídicos

¹⁰³ BRAÑEZ BALLESTEROS, Raúl. Ob. Cit. Pág. 70.

calificados en este campo (jueces y abogados). El hecho es que el conjunto de estas circunstancias son un obstáculo al acceso a la justicia ambiental, lo que se refleja de manera clara en la escasa frecuencia con que se promueven litigios ambientales ante los tribunales de justicia.

El acceso a la justicia específicamente ambiental presenta algunas complicaciones adicionales, entre las que se destacan las siguientes: 1) la extraordinaria complejidad científico – técnica de los casos ambientales, que dificulta su comprensión y exige pruebas que son costosas; 2) la también extraordinaria complejidad de los intereses en juego, que habitualmente son intereses colectivos y difusos, lo que hace necesaria una especial capacidad de organización de los afectados, que debe ir acompañada de la capacidad económica y técnica para hacer valer esos intereses; 3) la eventual existencia de un interés social, que exige a su vez la participación de un órgano público que lo represente; y 4) la propia complejidad del derecho ambiental, que demanda una preparación especial de los abogados y jueces, que difícilmente es proporcionada por la enseñanza que reciben los profesionales del derecho.

Por otra parte, la solución expedita y completa de este tipo de conflictos hace necesario un marco jurídico que sea congruente con la naturaleza de los intereses que se deben tutelar judicialmente y que, dicho en términos generales, hasta ahora no existe, por lo menos en la forma que sería deseable.

La ausencia de este marco jurídico ha determinado una situación de inaccesibilidad a la justicia ambiental y ha contribuido de una

manera importante a la ineficacia del derecho ambiental, comprometiendo la protección del medio ambiente y la viabilidad del desarrollo sostenible¹⁰⁴.

2.3. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL Y LA TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN USADA POR EL LEGISLADOR PERUANO

2.3.1. CUESTIONES PREVIAS:

En el tiempo que vivimos, la necesidad de adecuar las actividades económicas desplegadas por el ser humano que tienen injerencia en el ambiente, se plasmó por primera vez como exigencia jurídica en la Constitución de 1979 (artículo 123), alcanzando luego con la Constitución de 1993 el carácter de un derecho fundamental, al establecer que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (artículo 2º inciso 22). La normativa ambiental promulgada en los últimos años al amparo de las disposiciones constitucionales antes referidas apunta a establecer precisamente cuales son los parámetros adecuados para una gestión del ambiente que permita una integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo colectivo (el llamado principio de sostenibilidad).

Queda claro que la sociedad actual no puede prescindir por completo de la actividad productiva y explorativa de los recursos naturales, por lo que la regulación ambiental no tiene como finalidad prohibir las actividades contaminantes o el uso industrial de los recursos naturales, sino establecer ciertos estándares que aseguren un medio ambiente de calidad. Diversos son

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pág. 75.

los mecanismos que se utilizan para dicho fin, los que van desde la internalización de los costos del deterioro ambiental (estudios de impacto ambiental, medidas de prevención, reducción o compensación del daño ambiental), pasando por exigencias de autorizaciones o concesiones de explotación, hasta la imposición de sanciones administrativas por parte de los organismos sectoriales competentes¹⁰⁵.

Si dentro del esquema de mecanismos de protección antes referido debe contar también la imposición de sanciones penales a conductas con una grave incidencia en el medio ambiente, es un tema que ha generado cierta discusión. Un sector minoritario de la doctrina penal defiende el parecer de que la reacción punitiva no debería ser utilizada para la protección específica del ambiente, lo que conduciría a un modelo de prescindencia que se caracteriza por la ausencia de disposiciones penales que repriman específicamente las conductas lesivas del ambiente. Sin embargo, la tendencia mayoritaria va en la línea de expedir leyes penales destinadas a proteger de manera puntual el ambiente frente a actuaciones puntualmente graves, lo que justifica, por un lado, en el hecho de que las figuras delictivas clásicas no son óptimas para abarcar las conductas que lesionan gravemente el ambiente y, por el otro, porque la respuesta meramente administrativa resulta insuficiente para controlar el problema de deterioro ambiental. Aunque algunos han cuestionado que los instrumentos propios del Derecho penal sean idóneos para hacer frente a las conductas lesivas del ambiente, lo cierto es que ello no ha llevado a desestimar

¹⁰⁵ Sobre el particular Percy García Caveró en *Derecho penal económico, Volumen II*, Instituto Pacífico 2015, pp 832 sostiene que en los últimos años se ha fortalecido en el país a la Administración encargada de la reglamentación, control y sanción de las conductas lesivas al medio ambiente con la creación de un Ministerio del Ambiente, los sistemas de gestión ambiental, información ambiental, áreas naturales protegidas y especialmente de evaluación y fiscalización ambiental en donde se destaca la potenciación de las facultades de la OEFA (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental).

la intervención punitiva, sino más bien, a adaptarla a particularidades que exige la protección del ambiente.

Por nuestra parte consideramos que no podemos prescindir de la actuación del Derecho penal para la protección del ambiente, habida cuenta que como sabemos, la rama del Derecho penal, dada su naturaleza de *última ratio*, ingresa a tallar cuando otros medios de control social (entre ellos la actuación del ente administrativo) han fracasado; por ello mismo, en la actualidad se viene advirtiendo una constante degradación ambiental que redundará definitivamente en la calidad de vida que debemos tener todos los seres humanos, de ahí que sea necesario que el Derecho penal, ingrese a tallar, regular y penar las conductas humanas que contaminan el ambiente a tal grado que se ponga en peligro la propia subsistencia y salud de todo ser humano. Sin embargo, no sólo debe buscarse una regulación penal clásica como requieren los hechos delictivos clásicos (como el homicidio, lesiones, usurpación, robo, hurto, etc.) sino principalmente que dicha regulación, atendiendo a la técnica de tipificación empleada, sea realmente efectiva dada la complejidad y el carácter pluriofensivo de los actos humanos que transgreden penalmente la protección del bien jurídico del delito de Contaminación del ambiente, lo que supone a su vez que exista una confluencia de actuaciones multisectoriales que debe coexistir en el tratamiento del problema.

2.3.2 LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE:

La constante vinculación del Derecho Penal y el Derecho administrativo es la característica por antonomasia de la protección que el

sistema jurídico despliega sobre el ambiente. De allí, que en la relación existente entre las referidas áreas del Derecho encargadas de la protección, el control y la regulación de este interés y bien jurídico compartido, se observen igualmente una transformación propiciada por la institucionalización del contenido y sentido del *riesgo* en el marco de la sociedad post moderna y tecnocrática.

En efecto, el Derecho penal como *última ratio* del sistema jurídico y el Derecho administrativo como *prima ratio*, participan de la remisión a normas técnicas o estándares que los expertos elaboran para ser consideradas como baremos que dan contenido, y establecen los límites de las normas administrativas. Estas a su vez, se convierten en elemento normativo del tipo penal, cuando este así lo requiere, por medio de la técnica de la Ley penal en blanco. No obstante, la relación e incidencia del Derecho administrativo sobre el Derecho penal es determinante, cuando son valoradas las autorizaciones administrativas como causa de exclusión de la ilicitud en el hipotético caso que el autor de la conducta típica cuente con una autorización administrativa para la realización de actividades relacionadas con el ambiente. Puede igualmente ser considerada como una circunstancia agravante la ausencia de la autorización administrativa que permitan el funcionamiento de establecimientos industriales y otras actividades relacionadas con el ambiente¹⁰⁶

Esta relación de incidencia del Derecho administrativo sobre el Derecho penal, constituye el denominado sistema de accesoriedad que rige a la protección del ambiente, donde el Derecho administrativo actúa como

¹⁰⁶ MUÑOZ LORENTE, J.: «Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Revista del Poder Judicial*, N° 67, 2002, págs. 100 y ss.

presupuesto de la intervención penal, considerando que ante las contravenciones en materia ambiental, al Derecho penal le correspondería aplicar criterios de agravamiento de esas conductas constitutivas de infracción administrativa, que ameritan por tanto recibir sanción penal.

2.3.3. LAS TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN USADOS POR EL LEGISLADOR PERUANO EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE:

El bien jurídico protegido por los delitos ambientales presenta ciertas particularidades que han obligado al legislador penal a tener que recurrir a dos técnicas de tipificación especialmente discutidas. Por un lado, puede mencionarse la estructuración de los tipos penales como delitos de peligro abstracto y, más específicamente, como delitos cumulativos. Por el otro, está la técnica de la accesoriedad administrativa que vincula los tipos penales a la regulación administrativa medioambiental para definir las conductas penalmente relevantes. A continuación desarrollaremos ambos puntos, haciendo la precisión que nuestra investigación se encuentra íntimamente ligada a la técnica de la accesoriedad administrativa usada en los delitos ambientales.

2.3.3.1. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO Y CONCRETO:

- a) **COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO:** Dada la dificultad probatoria para demostrar la relación de causalidad entre la conducta realizada y la afectación al ambiente, la tipificación de los delitos ambientales recurre usualmente a la técnica legislativa del peligro abstracto. Pero no solo eso, sino que la determinación de la peligrosidad de la conducta típica se aparta

del estándar regular de incriminación del peligro abstracto, pues se sancionan conductas cuya peligrosidad sobre el ambiente es insignificante, pero que, por una prognosis de futura realización de conductas similares, se le ve en una situación de conjunto que sí muestra un potencial destructivo relevante (delitos cumulativos). Esta situación tiene lugar fundamentalmente por una comprensión extensa del medio ambiente que no pone la vista en afectaciones a microecosistemas que no repercuten negativamente en las condiciones de vida de las personas sino solamente en las que, por su extensión, sí lo hacen o pueden hacer. Bajo estas condiciones, la técnica de tipificación del peligro abstracto bajo el paradigma del aporte cumulativo podrá utilizarse en los delitos ambientales, en la medida que existan múltiples actividades de deterioro ambiental (permitidas o prohibidas) y que cada acción criminalizada tenga por sí misma cierta entidad para afectar las condiciones de idoneidad del medio ambiente inmediato.

Tradicionalmente se distingue en Derecho penal, una dualidad de intereses, así bienes jurídicos de titularidad individual y bienes jurídicos de titularidad supraindividual. Si es personal, se preferirá la técnica de "*lesión*" y si es colectivo se preferirá, en la mayoría de veces, el de "*peligro*". Se ha dicho que el peligro es necesariamente el estadio anterior al resultado lesivo y éste, en muchas ocasiones, presenta obstáculos en el proceso probatorio, con mayor razón, lo será en la efectiva puesta en peligro cuando de bienes jurídicos colectivos, se trate. Esto se debe por la siguiente razón: que la demostración de la existencia de peligro, es inversa a la que ha de seguirse cuando se trata de la constatación de un daño, así en este, el resultado lesivo externo evidente por los sentidos constatables en el bien

jurídico, será el punto de partida de la investigación; en cambio en los delitos de peligro, será la constatación de la realización de acción peligrosa para ver si dio lugar a que el peligro intrínseco, en ella, se materializara¹⁰⁷.

La criminalización del campo previo del bien jurídico a que recurre con frecuencia el legislador, es cuando necesita mostrar capacidad de reacción y cuando se trate de bienes jurídicos colectivos; por eso, el recurso técnico se produce mediante la tipificación de los delitos de *peligro abstracto* que se caracterizan precisamente, por la circunstancia de que la causación del resultado, y la puesta en peligro, no aparecen como características del tipo. El alejamiento del modelo de lesión o de peligro concreto de bienes jurídicos, y el giro inexorable a determinados peligros presuntos o abstractos, serían considerados como respuesta política a los problemas de la sociedad de riesgos. Los nuevos peligros de grandes dimensiones son inherentes al funcionamiento del sistema social, son riesgos de carácter sistémico a los que estaríamos expuestos de modo semejante a como lo estamos ante catástrofes o cataclismos naturales.

Pues bien nos hallamos ante peligros abstractos, según Kindhäuser, "...cuando se ven afectadas condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes. El peligro es abstracto, ya que no se trata de la desprotección actual del bien, sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados cuya eficiencia es medida esencial del aprovechamiento racional de los bienes. La genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien, sobre el que no puede

¹⁰⁷ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. K. *La prueba en el delito ecológico*. Madrid, 1995, pp 10 y 11

disponerse de forma despreocupada, no es racionalmente aprovechable en su totalidad.

En los delitos de peligro abstracto, hay un juicio de peligrosidad “*ex ante*” sobre la peligrosidad de la conducta, esto es, se produce una presunción; por eso, también se conoce como delitos de peligro presunto, remoto para el bien jurídico. La peligrosidad está implícita en la misma acción típica, de tal manera que bastará comprobar que la conducta es idónea de forma genérica para afectar los bienes jurídicos, sin necesidad de acreditar, en el caso concreto, que esta idoneidad general, se haya efectivizado en un peligro concreto, lo que conduce a que el juzgador realice una presunción *iure et de iure* de peligrosidad, es decir, que no admite o requiere prueba de dicha peligrosidad, con lo que conllevaría la trasgresión del principio constitucional de la presunción de inocencia. Esta clase de peligro también conlleva incompatibilidades con los principios imperantes en el Derecho penal, como son: la existencia y probanza del dolo, pues se ha indicado, que la tipicidad subjetiva está conformada por el llamado *dolo in re ipsa* que significa, que el dolo se agota simplemente en la conciencia y voluntad de la propia actividad y en un resultado peligroso.

Los delitos de peligro abstracto, si bien presentan ciertas ventajas en el ámbito procesal, específicamente con el *tema probando*, no así se presenta las ventajas en la sistemática jurídico penal. Así, al estar ausente el resultado lesivo, no garantiza un contenido real de ofensividad, lo cual estaría protegiendo meras conducta formalmente típicas (tutela de funciones –administrativas – y no de bienes – jurídicos –), que conllevaría

una cuestionable “bageralización” del Derecho Penal¹⁰⁸. Los delitos de peligro abstracto, en la relación de causalidad como condición necesaria en los tipos penales, se ven seriamente mermados, ya que en el ámbito de los “vertidos” en el delito de contaminación ambiental, si bien provienen de entidades colectivas, no se podrá determinar exactamente al causante directo de dichas emisiones, por ejemplo, en el caso de residuos gaseosos, resultará imposible la vinculación causal por cuanto el resultado típico puede deberse a la acumulación, suma o unión sinérgica de diferentes elementos, y en algunas oportunidades, puede ser determinante la influencia de elementos Ambientales diferentes a la acción en sí que él o los agraviados, conjuntamente con el órgano persecutor del delito (Ministerio Público), que es en última instancia quien tiene la carga de la prueba.

b) COMO DELITO DE PELIGRO CONCRETO:

Se recurrirá a la técnica de delitos de peligro concreto, la que consiste generalmente en la falta de una lesión efectiva. La exigencia de un delito de peligro en la descripción típica básica del Art. 304º (“...o puedan causar...”) significa un adelantamiento de las barreras de punibilidad, pues no comporta una destrucción, sino la creación de una situación tal que sea probable que ese resultado lesivo se produzca, lo cual guarda relación con la naturaleza

¹⁰⁸ Sobre el particular, es interesante la postura de JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Derecho Penal parte especial*, volumen I, Legales ediciones, Lima 2014, pp. 725, cuando afirma que “Defender la postura de la incorporación del peligro abstracto en el delito de contaminación sería defender, en otros términos, la equiparación entre la peligrosidad abstracta y los valores límite, es decir, se penalizaría la simple violación de leyes administrativas de protección del medio ambiente, porque tienen éstas una importancia autónoma que merece tutela penal. El objeto jurídicamente protegido, en este caso, sería el propio “orden funcional administrativo”. Podría pensarse que instrumentando la defensa del ambiente natural en el tipo básico de contaminación a través del **peligro abstracto**, es coherente con las modernas tendencias al Derecho Penal mínimo, y que parece ser – según esta postura – la única vía desde el punto de vista preventivo al no exigírsele al funcionario judicial la comprobación del peligro real, sino tan sólo la realización de una conducta que es idónea para ocasionar afectaciones al ambiente; pero su propia “prevención” resulta ser finalmente su propia “neutralización” a los intereses del principio de ofensividad, porque adicionan una condición: que ese peligro *ex ante* de idoneidad general, tendrá que superar los **valores-límite** fijados en normas extrapenales por una razón lógica: si está prohibido superarlos es porque justamente entraña peligrosidad en la conducta de acuerdo con las reglas de la experiencia. Dicha conclusión, no es sino tutelar penalmente “funciones” y no “bienes”.

del bien jurídico ambiente. En el presente caso, estamos ante un peligro concreto porque el peligro está expresamente indicado en la ley; por tanto dicho peligro es un elemento del tipo objetivo que podemos definirlo como un estado anormal de situación riesgosa, que de acuerdo a las circunstancias, tendrá que ser de carácter actual e inminente con probabilidad de lesión hacia el bien jurídico protegido, donde dicha peligrosidad se realiza en base a una presunción *juris tantum*, es decir, hay una inversión de la carga de la prueba a favor del agente, además este delito es verificable a través de un juicio de peligrosidad “*ex post*”.

En ese sentido, en los delitos de peligro concreto, en base a las circunstancias de cada caso, debe acreditar que la conducta realizada, ha generado un efectivo y real peligro para el bien jurídico. El Derecho penal interviene generalmente cuando el daño ya se ha producido, y lo más que se puede lograr, salvo que sea irreversible como generalmente ocurre con los daños al ambiente, es la reparación consistente en restituir las cosas al estado anterior, obviamente a costa del autor.

En el delito de contaminación del ambiente, se sigue hablando de un delito de peligro concreto (puede causar) como de un delito de lesión (causen), con las críticas que la doctrina ha señalado aquí, en el sentido que mejor debería haberse creado un tipo penal de peligro con una pena mayor, ya que así como está redactado, daría a entender que en uno y otro caso la pena sería la misma. La única forma de solucionarlo es la vía judicial, en función al marco penal que prevé el mismo artículo 304º del Código Penal.

c) **LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA**

Si bien los estados han incorporado a sus ordenamientos jurídicos normas cuya finalidad explícita es preservar, conservar e impedir agresiones contra el ambiente, han propiciado del mismo modo el surgimiento del llamado Derecho ambiental. Por tanto, podríamos encuadrar a la sanción administrativa y penal como elementos constitutivos del Derecho ambiental, así como podríamos abordar la protección del ambiente en el contexto administrativo y penal, proponiendo de esta forma dos modelos en la construcción de la protección del ambiente. Así, según sea el modelo adoptado por la política jurídica general para orientar la protección del medio ambiente, se influirá y determinará en la interpretación de las normas jurídicas.

No obstante, en el modelo asumido por el Perú, encontramos la protección penal del ambiente dentro de los respectivos Códigos penales, y la protección administrativa ambiental en un sin número de leyes dispersas y casuísticas, que actúan previamente a la intervención del *ius puniendi*, conformándose de esta forma la denominada accesoriadad del Derecho penal al Derecho administrativo en la concreción de la protección del ambiente. En este sistema de accesoriadad es fundamental que se respeten los principios de subsidiariedad y mínima intervención, para que en el momento de la aplicación de las normas no se produzca la colisión de normas sancionadoras, sino más bien se manifiesten de manera armónica y eficaz en el momento de su aplicación.

Es por ello el parecer de un sector importante de la doctrina, que la confluencia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo en la estructuración de los tipos penales, permite la intervención penal a una realidad de constante variación: *las bases o sistemas naturales*. El legislador introduce el ambiente como uno de los nuevos bienes jurídicos, sin que los mismos obstruyan la unidad del ordenamiento jurídico y permitan así un sistema ordenado y global. A pesar de ello, esta dependencia o accesoriedad del Derecho penal al Derecho administrativo es valorada como un problema principal en los delitos contra el ambiente. Así, se deja entrever dicha conflictividad al concebir el plan o función administrativa como bien jurídico protegido, puesto que de esta manera el injusto penal se configuraría con el incumplimiento de las normas administrativas y se acabaría sancionando penalmente la inobservancia de normas meramente organizativas y no la realización de hechos socialmente dañosos y lesivos.

Por tanto, es latente la problemática para determinar cuándo nos encontramos ante un injusto administrativo y cuando ante un injusto penal, considerando la confluencia entre del Derecho penal y el Derecho administrativo. Esta concurrencia se manifiesta a través de la *accesoriedad del Derecho penal al Derecho administrativo*, en diferentes formas. De estas se infiere si el legislador se ha decantado por una *absoluta autonomía* del Derecho penal respecto al Derecho administrativo, por una *autonomía y dependencia relativa* o por una *absoluta dependencia* del Derecho penal hacia el Derecho administrativo.

Estos tres modelos, nos llevan a reflexionar sobre el conflicto existente en la confluencia de las normas administrativa y penal, que se manifiestan en el momento de relacionar la tipificación penal y las disposiciones administrativas. Estas tienen importantes consecuencias en el plano aplicativo; influyen a la hora de determinar cuál es el bien jurídico protegido por la norma (el plan administrativo o el medio ambiente propiamente dicho), y al momento de valorar la ausencia o la presencia viciada de una autorización administrativa, que como elemento normativo del tipo complementa el injusto penal, y puede determinar su alcance y efecto en el plano de la tipicidad o en el de la antijuricidad. Del mismo modo, según sea la configuración del tipo y su relación con las normas administrativas, se verifica si la norma penal en blanco se estructura sobre la accesoriad del Derecho penal al Derecho administrativo o sobre la accesoriad del Derecho penal a los actos administrativos.

1) MODELO PENAL AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE.

Este modelo en la protección del ambiente es excepcionalmente utilizado en los ordenamientos, puesto que la mayoría de las legislaciones que han optado por desplegar la protección penal del ambiente se decantan por la utilización de la técnica de la accesoriad relativa del Derecho penal al Derecho administrativo. No obstante, las legislaciones optan igualmente en algunos apartados por la utilización del modelo penal autónomo o independiente del Derecho administrativo en la protección del ambiente. Contexto en que el Derecho penal tipifica las

conductas merecedoras de sanción porque atentan de manera grave contra el ambiente sin valorar la previa regulación administrativa y las contravenciones que son consideradas constitutivas de infracción. Obviándose de esta forma la relación entre las tipificaciones establecidas en el Derecho penal y las que contienen la normativa administrativa.

Así, al hablar de un *modelo autónomo o independiente de Derecho penal en la protección del medio ambiente* estamos haciendo alusión a una tutela penal en cuyos preceptos normativos (casi en su totalidad) describen la conducta que se estima digna de sanción, pero sin remisión alguna a conceptos administrativos (como es el caso del Art. 328.1 del Código penal español, los Arts. 201 y 202 del Código penal paraguayo y el § 330 a I del StGB). Con lo cual, el derecho penal regulará de forma independiente la protección del bien jurídico ambiente, atendiendo a los ataques más graves, y obviará por tanto la utilización de la técnica de la Ley penal en blanco, considerada imprescindible para la remisión del Derecho penal a las normas y los actos administrativos. Como se podrá igualmente obviar la incorporación de los conceptos administrativos al tipo penal.

En esta línea encontramos a MESTRE¹⁰⁹, quien considera claramente que deben ser excluidos del Código penal los preceptos que se estructuran con la denominada accesoriadad del Derecho penal al Derecho administrativo, pues estas requieren de la utilización de la técnica de la Ley

¹⁰⁹ MESTRE DELGADO, E.: «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal» en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1988, págs. 516 y ss. En esta línea entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *Sobre el principio de legalidad*, pág. 264; BRANDARIZ GARCÍA, J. A/ RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo» en Faraldo Cabana (Dir.) y Puente Aba (Coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico 384 y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, *op.cit.*, págs. 91 a 140.

penal en blanco, la que a su criterio debería ser sustituida por considerarla inconstitucional en razón del principio de legalidad. Además, en esta línea se sostiene que los intereses sociales como el ambiente reciben suficiente tutela a través de las medidas sancionadoras administrativas, razón que no justifica la intervención del Derecho penal para su protección. Siguiendo a este autor, encontramos a MOREU CARBONELL, para quien la configuración de los tipos penales que contienen las conductas más graves dignas de protección penal no deberán remitirse ni tener interferencias del Derecho administrativo. En su defecto, se deberá superar la naturaleza subsidiaria del Derecho penal y limitarse sólo al Derecho administrativo sancionador.

Esta corriente fundamentada en que la utilización de los actos y leyes administrativas en los tipos penales no contribuye a la eficacia de las normas penales, es igualmente propugnada en la doctrina alemana por SCHÜNEMANN¹¹⁰, para quien la consolidación de la eficacia de la norma penal se dará a través de soluciones que no vinculen tan radicalmente al Derecho penal con las prescripciones impuestas por la autoridad administrativa. Esto es a través del modelo de accesoriedad de acto, que predomina en el Derecho penal germano. No obstante, RODRÍGUEZ DEVESA en la doctrina española ya se manifestaba sobre la confluencia entre las normas administrativas y penales. Para el autor, las sanciones penales tendrían efecto sólo si se independizan de todo precepto administrativo o civil y se abocan a recoger los casos más graves, procurando de esta manera que el Derecho penal actúe con su propia

¹¹⁰ SCHÜNEMANN, B.: «Sobre la Dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente», *op. cit.*, págs. 206 y ss. Igualmente, véase HAINE, G.: «Derecho penal del medio ambiente. Especial referencia al Derecho penal» en *Cuadernos de Política criminal*, Nº 61, Instituto de criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1997, pág. 59.

capacidad de valoración, independiente de cualquier decisión adoptada en el ámbito administrativo.

En el contexto jurídico actual, en cambio, el legislador intenta conectar la regulación penal y la regulación administrativa, a fin de que la introducción de los nuevos bienes jurídicos o de nuevo cuño no obstruyan la unidad del ordenamiento jurídico, y permitan así un sistema ordenado y global. Por ello, el modelo predominante es el de accesoriadad relativa (del Derecho penal al administrativo), que permite la intervención penal en una realidad de constante variación como es el ambiente, a través de la utilización de la Ley penal en blanco. Técnica que para un sector importante de la doctrina podría afectar al mandato de reserva de ley.

Precisamente la fundamentada oposición a la utilización de la Ley penal en blanco, pero admitida por otro sector importante de la doctrina, es la originadora de la postura que aboga por un Derecho penal autónomo, cuyo objetivo se traduce en la erradicación de la accesoriadad del Derecho penal, al Derecho administrativo como al acto administrativo, para evitar caer en la mera sanción penal a la desobediencia administrativa y, en consecuencia, en la recepción de la política administrativa como bien jurídico penal.

Por esta razón, se habla de la simple ineficacia del Derecho penal para concretar la protección del medio ambiente, y se postula por un Derecho penal autónomo que se acerca a la exclusión del medio ambiente como bien jurídico penal y la admisión exclusivamente a aquellos bienes

jurídicos que constituyen el Derecho penal nuclear¹¹¹. Así, en el caso del bien jurídico colectivo ambiente sería aislado del Derecho penal y pasaría a formar parte de los bienes jurídicos cuya protección será encargada a un Derecho penal de la intervención, o se mantendría en el marco de un Derecho penal de tercera velocidad.

2) MODELO PENAL ABSOLUTAMENTE DEPENDIENTE DE LOS ACTOS O NORMAS ADMINISTRATIVAS EN LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE.

Es el grado más dependiente de la accesoriedad extrapenal y se presenta, en primer lugar, para cautelar y garantizar el cumplimiento y la ejecución de las decisiones de orden administrativo. Su finalidad está en el reforzamiento de las facultades de control y supervigilancia de las autoridades. Se presenta cuando la norma penal de conducta por sí sola prescribe la observancia de determinadas decisiones de la autoridad administrativa; por consiguiente el derecho penal termina por tutelar aspectos meramente formales de la legislación administrativa o bien simplemente *funciones administrativas de prevención o control* en el sector ambiental, y desconoce el principio de ofensividad material de los bienes jurídicos (Art. IV del Título Preliminar del Código Penal), y la consiguiente sustitución del *Derecho Penal de los valores* (y de los desvalores) por un Derecho penal de las funciones; sin embargo, el factor preocupante de este modelo reside en la confianza que se tiene respecto de quienes poseen la

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M^º: *La expansión del derecho penal*, págs. 122 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: «Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una Administrativización del Derecho penal o una penalización del Derecho Administrativo sancionador?», pág. 1429, en este sentido señala la autora que en la actualidad las figuras que resultan más problemáticas en su legitimidad como ser los delitos contra los trabajadores, contra la Hacienda pública, societarios, contra el medio ambiente, han pasado a ser el foco en la discusión referente a si los mismos deben ser considerados injustos penales o injustos administrativos. No obstante, la autora propone mantener el núcleo duro del Derecho penal, esto es optar por la intervención penal ante los ataques contra bienes jurídicos que indefectiblemente pertenecen al Derecho penal nuclear (vida, libertad sexual, patrimonio etc.) y los de nuevos bienes jurídicos (por ej. el ambiente) encuadrarlos en el marco del Derecho administrativo sancionador.

potestad de sancionar y prevenir los atentados al ecosistema natural, ya que se deja, al libre albedrío, determinados actos tanto de fiscalización (expedición de licencias, diligencia de inspecciones, etc.) como discrecionales en función a la imposición de sanciones penales.

En otras palabras, en este contexto partimos de una estructura completamente antagónica a la abordada en el epígrafe anterior, puesto que el ilícito administrativo formal llega efectivamente a constituirse en uno de los elementos del tipo. Nos referimos entonces a un modelo de *Derecho penal que se configura de forma absolutamente dependiente de los actos o normas administrativas*, donde además de hacer referencia al precepto penal puramente en blanco, su contenido se caracteriza por carecer de cualquier elemento definidor relacionado con el objeto inmediato de tutela penal, con lo cual se llega finalmente a castigar todo incumplimiento de las normas o directrices administrativas. Por tanto, la función del Derecho penal en este contexto se traduciría en el aseguramiento de la eficacia de la normativa administrativa y no en la protección autónoma del bien jurídico ambiente. De esta forma, la sanción penal será aplicada a todo sujeto cuya conducta atente contra la gestión ambiental de la Administración Pública.

Este modelo que puede ser constatado generalmente en leyes especiales de protección ambiental, como en los códigos penales que contienen tipos que protegen a este bien jurídico colectivo, lejos de representar a la clásica *accesoriedad del Derecho penal al Derecho administrativo*, representa a la denominada «Administrativización del Derecho penal», puesto que la transgresión de los preceptos legales o la

inexistencia de autorizaciones administrativas se convierten en la *conditio sine qua non* para la configuración del delito contra el medio ambiente, conforme lo podemos constatar principalmente en el Art. 310º del Código penal peruano: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas el que, sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones”.

Es por ello que los detractores de la accesoriedad consideran peligrosa la *cuasi* dimisión que el Derecho penal realiza de sus principios como son la legalidad y la lesividad, al conferirlos o mejor dicho confiarlos, depositarlos e inferirlos a la luz de la regulación administrativa. La problemática, por tanto, más allá de centrarse en la técnica de la Ley penal en blanco radica en esa extremada dependencia del Derecho penal al Derecho administrativo a la hora de adecuar un tipo penal y constatar la configuración del delito contra el ambiente, pues esta accesoriedad no hará sino convertir el bien jurídico que protegen los delitos ambientales en el «interés de la Administración en una regulación del uso ambiental».

En este modelo de *accesoriedad absoluta*, el Derecho penal deberá determinar criterios de selección para decidir sobre qué comportamientos que transgredan el Derecho administrativo tendrán alcance la intervención del *ius puniendi*, ya que este modelo de *accesoriedad* no es precisamente el de mayor valoración para la protección del ambiente

como bien jurídico. Precisamente el modelo de *accesoriedad* (relativa) reconocido y utilizado por numerosas legislaciones condiciona la intervención penal no sólo a la remisión de la norma administrativa, sino fundamentalmente en el desvalor de acción o de resultado, en el riesgo, la afección, la puesta en peligro o la lesión del ambiente como bien jurídico tutelado. En cambio el modelo de *absoluta accesoriedad o dependencia del Derecho penal al Derecho administrativo*, reduce la función de selección y jerarquización de bienes jurídicos que el Derecho penal debe realizar. Reducción que debilita igualmente el efecto que la prevención general positiva despliega sobre los miembros de la comunidad.

La eficiente utilización de la técnica de la Ley penal en blanco, es imprescindible para desplegar y concretar la protección del medio ambiente como bien jurídico penal. Esto se debe en primer término, a que en un ordenamiento jurídico se requiere del dinamismo de un Derecho administrativo que tenga alcance a la gestión, el control y la sanción administrativa, al incumplimiento de normas que regulan el uso de los elementos que conforman el ambiente natural. Y en segundo término, porque se requiere además del elemento normativo jurídico constatado con la infracción de la norma administrativa, el elemento normativo valorativo propio del Derecho penal, que determine su intervención. En caso contrario, se podría dejar impunes conductas que atentan gravemente contra el ambiente, en razón de que las lagunas jurídico administrativas excluyen la antijuricidad formal o valoración del incumplimiento de la norma administrativa, que debe convertirse en uno de los elementos constitutivos e indispensables para la concreción del tipo. Así como igualmente podría el

Derecho penal concurrir, a sancionar conductas vinculadas al mero incumplimiento de lo que preceptúan las normas administrativas.

3. MODELO PENAL RELATIVAMENTE DEPENDIENTE O ACCESORIO AL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE.

Este modelo más que un sistema intermedio o sistema fundado sobre el eclecticismo existente, entre los *arquetipos de accesoriad absoluta del derecho penal al Derecho administrativo y de autonomía absoluta del Derecho penal respecto al Derecho administrativo* en la protección del ambiente, es un modelo en cuya base estructural sobresale la *accesoriad* como elemento dominante y sobre el que se proyecta una valoración propia del Derecho penal. Por ello, en este marco no basta con la mera desobediencia o infracción administrativa, sino se requiere de acciones cuyas consecuencias sean potencialmente lesivas para el medio ambiente.

De esta forma, el modelo referido no considera como merecedoras de pena toda infracción genérica de la norma administrativa, sino sólo aquellas conductas que contraviniendo las disposiciones protectoras del medio ambiente puedan provocar o realizar «emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, los espacios transfronterizos, así como las captaciones de agua». Estas acciones que ponen en *riesgo grave y lesionan* al ambiente son constatadas a través de la afección o la alteración del *equilibrio de los sistemas naturales*. Así entendida la accesoriad, la sanción penal no se vincula al puro ilícito administrativo formal, porque la ilicitud administrativa se convierte en

condición pero no precisamente la *conditio sine qua non* de la configuración del delito y consecuente aplicación de la punibilidad, a los atentados graves contra el ambiente. El requerimiento para la intervención penal se manifiesta en el desvalor de acción o de resultado, adicionales y cualificados, que superan el puro ilícito administrativo, pero que no se convierten en un mero refuerzo que el Derecho penal efectúa sobre la norma administrativa.

El concepto de *accesoriedad*, no obstante, se fundamenta en el Derecho administrativo, pues implica que en la fijación de criterios de cuidados de riesgo y valor entren en juego las consideraciones del Estado y de su Administración; allí, donde el particular no pueda objetiva y responsablemente establecer la ponderación de riesgo y provecho y con ello la concreción del cuidado necesario para el medio ambiente. Entonces el Estado ha de intervenir con un carácter preventivo.

Así, sus administraciones orientadas a la función de gestión y control del uso del ambiente se encargan de tutelar este interés colectivo a través de autorizaciones y legislaciones administrativas ambientales, que deciden qué actividades o procesos perjudican el ambiente. De tal modo, que pueden establecer la ponderación de riesgos y utilidades posibles, al concretar las medidas de cuidado a tomar, a fin de que el potencial de los diferentes factores de agentes contaminantes que confluyen en el ambiente pueda limitarse a cumplir con la normativa prevista. Las normas administrativas de este modo, actuarían como criterio de imputación objetiva. Deciden lo que es riesgo permitido y no permitido.

En este contexto de *accesoriedad relativa* el Derecho penal no despliega su intervención para proteger a la Administración como bien jurídico, sino proteger directamente el ambiente como bien jurídico, a fin de mantener el equilibrio de los sistemas naturales o bases naturales, y lograr que los actos y normas administrativas valorados como elementos normativos del tipo no se conviertan en meras infracciones administrativas que son elevadas a la categoría del delito ambiental, sino requiera además de su infracción que la acción incriminada demuestre el potencial relevante del riesgo para el equilibrio de los sistemas o bases naturales, como condicionantes de la configuración del ilícito contra el medio ambiente.

Es pertinente ahora asumir una posición. Considero que la dependencia relativa de las normas administrativas, o mejor dicho, del Derecho Administrativo con relación a la regulación penal ambiental, es la mejor técnica que se puede adoptar, ello sin desconocer todavía los problemas dogmáticos específicos que presenta. De tal manera que la infracción a las normas administrativas conllevará a un riesgo jurídicamente desaprobado, y nada más. Es evidente que la accesoriedad administrativa que el legislador peruano debe adoptar debe ser en función estrictamente a las normas del Derecho Administrativo, es decir, una accesoriedad de ley y no de actos; por lo que corresponderá al juez penal, llegado su momento, establecer en el proceso penal la ilegalidad de la acción contaminante.

4. FORMAS DE ACCESORIEDAD RELATIVA

En este marco, la *accesoriedad relativa del Derecho penal al Derecho administrativo* en la protección del ambiente, no sólo se realiza por medio de

la vinculación y remisión a las *normas y leyes administrativas*, sino también con la concurrencia de *actos administrativos y conceptos técnicos administrativos* que conforman parte del tipo, o bien constituyen el complemento de la norma penal en blanco.

a) **ACCESORIEDAD DE NORMAS Y LEY PENAL EN BLANCO**

Hemos manifestado que el tipo de accesoriidad permitida es la accesoriidad de ley no de acto, es decir, que la postura que ostentamos es por una *accesoriidad relativa*, la cual se decanta por la accesoriidad de norma o de Derecho, en cuya forma la dependencia penal se estructura con la intersección de la legislación administrativa protectora del medio ambiente **y no con la concurrencia de un acto administrativo de licencia o autorización. La accesoriidad de Derecho refleja un «grado más fuerte de vinculación» que las otras formas de accesoriidad, en razón de que la lesión de deberes jurídico – administrativos se constituye en elemento adicional de la tipicidad.**

Esta fórmula de remisión de la norma penal a la administrativa se traduce como la técnica de la Ley penal en blanco, utilizada por antonomasia en la protección del ambiente y que efectivamente se concreta con la contravención administrativa y la estricta lesividad del hecho. Es el modelo de *accesoriidad del Derecho penal al Derecho administrativo*, el que evitará toda permisión e intromisión excesiva del Derecho administrativo en el injusto penal. Este último, para obtener un modelo de intervención penal equilibrado, deberá coadyuvar para el desarrollo de un ordenamiento jurídico ambiental que determine criterios claros y facilite de este modo la valoración que deba realizar el juzgador sobre una conducta. Así por ejemplo, si un

sujeto que actúa conforme a la norma administrativa que le autoriza a realizar vertidos, desconoce que la normativa ha cambiado, prohibiendo o disminuyendo la cantidad que le estaba autorizada, y actúa con desconocimiento de que su conducta está afectando el medio ambiente, será susceptible de ser tratada su conducta como *error de tipo*. Técnica jurídica que cumple la función de demostrar técnicamente que existe una «falsa representación o suposición equivocada de la realidad en el sentido de desconocer la concurrencia de circunstancias del tipo» y también el desconocimiento de algún elemento normativo, puesto que el *error de tipo*, abarca todos los elementos del tipo de injusto (descriptivo y normativo).

Por ello, **en el contexto de la accesoriadad normativa del Derecho penal al Derecho administrativo creemos que la existencia de una infracción legal o de disposiciones generales no fundamenta el castigo de la conducta, sino que sirve únicamente como indicio de que puede existir una conducta delictiva.** Por lo cual, más que fundamentar el castigo de la conducta, la infracción administrativa cumple la función de limitar los supuestos en que el Derecho penal deberá intervenir. El precepto configurado como tipo penal en blanco se remite explícita o implícitamente a la normativa administrativa, logrando que **el Derecho penal se limite a calificar como perjudicial lo que administrativamente no se considera positivo.** Pudiendo entonces concretarse, la unidad del ordenamiento jurídico. Siempre y cuando contemos con la existencia de normas administrativas claras y eficientes para la tutela del ambiente, resultará indiscutible que la técnica de Ley penal en blanco es la única que hace posible el alcance del Derecho penal a los nuevos problemas y graves

atentados emergentes de la sociedad posmoderna, caracterizada por la imbricación de la tecnología en el ambiente natural.

Conviene precisar en este punto, que el legislador peruano desconociendo los postulados de una accesoriad administrativa relativa, ha concebido el tipo penal, sólo como una simple desobediencia a lo dispuesto por la autoridad administrativa. Inclusive, ello ha sido reconocido por la jurisprudencia peruana, cuando la Corte Suprema de la República, en la Casación 383-2012 LA LIBERTAD de fecha 15 de octubre de 2013, en el fundamento jurídico 4.6, ha dejado establecido que el delito de Contaminación del ambiente previsto en el artículo 304º del Código Penal, es un “...*tipo penal en blanco, en blanco, en tanto que el legislador condiciona la tipicidad penal de la conducta a una desobediencia administrativa (...) como indicador de una fuente generadora de peligro y/o riesgo, el cual debe ser potencial, idóneo y con aptitud suficiente para poder colocar en un real estado de riesgo a los componentes ambientales, sin necesidad de advertirse un peligro concreto para la vida y la salud de las personas...*”. Entonces, somos testigos como el Derecho penal sólo está sirviendo como un ente coactivo al administrado que desobedece una disposición administrativa, pero no va más allá.

b) ACCESORIEDAD DE ACTOS Y LEY PENAL EN BLANCO:

La técnica de Ley penal en blanco, es la que nos permite abordar la accesoriad de normas del Derecho penal al Derecho administrativo, y nos acerca de igual modo, a la autorización administrativa para determinar el concepto y alcance de la accesoriad a los actos administrativos.

Precisamente, desde un punto de vista genérico y administrativo, el *acto administrativo* es una institución más del Derecho administrativo, no la institución por excelencia... En un sentido amplio, el acto administrativo es todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho administrativo». Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN-FERNÁNDEZ definen al acto administrativo como *la declaración de voluntad, de juicio de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria. Una definición positiva del acto administrativo*¹¹².

La autorización en sentido genérico es un acto administrativo declarativo que engloba figuras legales como los permisos, licencias, verificaciones etc., utilizadas como instrumento de control preventivo que se limitan a comprobar el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones y requisitos normativamente definidos en leyes de carácter general. Esta valoración actual de la autorización se encuentra fundamentalmente ligada al ámbito de las actividades económicas, puesto que permite la realización de actividades que la norma considera como propias de los particulares y que se encuentran orientadas al desarrollo del mercado, pero que son prohibidas inicialmente. Estamos hablando en este contexto de aquellas autorizaciones que son generalmente utilizadas para algún tipo de actividad vinculada al ambiente en sus elementos naturales, así como la caza, la pesca, el funcionamiento de las instalaciones industriales y emisiones (que podrían afectar la atmósfera, el agua, el suelo) en el marco de unos límites

¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo I, duodécima edición*. Editorial Thomson - Civitas, Madrid, 2005, págs. 549 y 550.

que proteja los intereses de la colectividad y que al mismo tiempo dicha protección no obstruya el desarrollo económico. Es así, como en el marco de la protección normativa del ambiente **son numerosos los casos que se configuran como delito contra el ambiente, por la ausencia de autorizaciones, o más bien por la presencia de autorizaciones viciadas y por la infracción de las prohibiciones establecidas en la autorización o permiso administrativo.** De aquí surge, por tanto, la pregunta de si un particular emitente que actúa sobre la base de una autorización viciada o infringe una autorización viciada, es igualmente responsable desde el punto de vista penal. Y si para la realización del injusto penal, en los tipos que refieren a permisos o autorizaciones, es únicamente necesaria la valoración del acto administrativo o se precisa igualmente de la infracción de la normativa material.

Así, la accesoriedad de acto se establece en base a la presencia o no de un acto administrativo de licencia o autorización, que generalmente es expedida conforme a la facultad otorgada por la Ley a la autoridad competente, que actúa y dispone conforme a lo establecido en la Ley de carácter general.

Conviene precisar en este punto, que el legislador peruano desconociendo los postulados de una accesoriedad administrativa relativa, ha concebido el tipo penal, sólo como una simple desobediencia a lo dispuesto por la autoridad administrativa. Inclusive, ello ha sido reconocido por la jurisprudencia peruana, cuando la Corte Suprema de la República, en la **Casación 383-2012 LA LIBERTAD** de fecha 15 de octubre de 2013, en el fundamento jurídico 4.6, ha dejado establecido que el delito de

Contaminación del ambiente previsto en el artículo 304º del Código Penal, es un “...*tipo penal en blanco, en blanco, en tanto que el legislador condiciona la tipicidad penal de la conducta a una desobediencia administrativa (...) como indicador de una fuente generadora de peligro y/o riesgo, el cual debe ser potencial, idóneo y con aptitud suficiente para poder colocar en un real estado de riesgo a los componentes ambientales, sin necesidad de advertirse un peligro concreto para la vida y la salud de las personas...*”. Entonces, somos testigos como el Derecho penal sólo está sirviendo como un ente coactivo al administrado que desobedece una disposición administrativa, pero no va más allá, siendo evidente que nos adscribimos a una accesoriedad de acto y no a una accesoriedad de Derecho.

Sólo a guisa de ejemplo, queremos citar también en este punto la **Casación Nº 389-2014 SAN MARTIN**, de fecha 07 de octubre de 2015, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde al analizar el tipo penal previsto en el artículo 310º del Código Penal: Delitos contra los bosques o formaciones boscosas, ha indicado en su fundamento vigésimo sexto: “...La **acción típica** se compone de tres elementos objetivos: **A.** La existencia de bosques u formaciones boscosas sean naturales o plantaciones (...). **B.** La afectación o el daño a dichas áreas naturales se debe dar mediante la destrucción, quema o tala del territorio total o parcial (...). **C.** Por último debe comprobarse que las citadas acciones (destrucción, quema o tala) fueron realizadas sin el permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente. Esto implica la necesidad de la existencia de una autoridad competente para emitir estos permisos; por tanto, es necesario que el

ordenamiento jurídico haya otorgado competencia a un funcionario público o institución para emitirlos para determinadas actividades lícitas, caso contrario la conducta será atípica. Los permisos, autorizaciones u otros que se otorguen por la autoridad competente al referirse a acciones que afectan al medio ambiente deben ser detallados, claras, sin ambigüedades y encontrarse previamente reguladas en la normativa pertinente. (...). La configuración de uno de sus elementos objetivos, como lo es la ausencia de autorización u otro documento facultativo, forma parte del conocimiento público que toda persona diligente debe conocer y respetar.”

También señala en el fundamento vigésimo sétimo, que “*El tipo penal señala un número cerrado – numerus clausus – **de actos administrativos**, típicos para la configuración del delito, que son cuatro: Permiso, autorización, licencia o concesión. Pudiendo, según sea el caso, **configurarse el delito con la sola ausencia de cualquiera de dichos documentos, pese a contar con otros.**”*

Somos testigos que en nuestra legislación penal ambiental y en la jurisprudencia nacional, se reconoce que la accesoriedad que se adoptó en nuestra legislación, es una accesoriedad de acto, mas no de Derecho, situación que está prohibida, pues penaliza simples desobediencias administrativas, cuando lo que se requiere para dicha penalización, es una afectación al bien jurídico tutelado. Entonces, en mérito a la casación aludida, podemos ejemplificar el caso con una simple pregunta: Si estamos ante un bosque primario generador de agua que ha sido talado en su totalidad y dicho acto cuenta con la autorización de desbosque emitida por la autoridad ambiental competente, entonces podemos concluir que no

existe afectación al bien jurídico tutelado?. Obviamente que resulta más que evidente que existiría una vulneración grave al bien jurídico tutelado, pues se estaría disminuyendo la posibilidad, no sólo de producción de más oxígeno puro para los seres humanos, conservando a su vez los ecosistemas existentes en ese bosque, sino que se advierte la disminución de fuentes generadoras del recurso más importante para la supervivencia humana, que es el agua. He aquí uno de las grandes inconsistencias de nuestra legislación penal ambiental, la misma que es consecuencia de una falta de coherencia, sistematización y armonía entre el Derecho Penal Ambiental y el Derecho Administrativo Ambiental. Y aún más, pese a poderse dar en la realidad el hecho que ejemplificamos, nuestro legislador penaliza en el artículo 310°C.2 del Código Penal, “...*si se afectan vertientes que abastecen de agua a centros poblados, sistemas de irrigación o se erosione el suelo haciendo peligrar las actividades económicas del lugar*”; entonces, podría ser el mismo Estado, a la vez, parte agraviada e imputada por la comisión de un delito ambiental.

Lo propio sucede con la **Casación Nº 74-2014 AMAZONAS**, de fecha 07 de julio de 2015, donde en su fundamento vigésimo quinto, ha establecido como doctrina jurisprudencial que el delito de Alteración del ambiente o paisaje, regulado en el artículo 313° del Código Penal, establece que la acción típica, se compone de tres elementos objetivos: **A.** Tiene que darse una actividad capaz de impactar en el medio ambiente (...). **B.** La **contravención a las disposiciones de la autoridad administrativa**, que implica que existe una autoridad competente para emitir un pronunciamiento sobre la obra a edificar o sobre los árboles a talar (...). Al igual que en los

casos anteriores, nuestra jurisprudencia nos está indicando que la accesoriadad que tenemos con el derecho administrativo es una accesoriadad de acto.

2.3.3.2. LA LEY PENA EL BLANCO:

La asignación de las normas incriminadoras en materia ambiental por parte del legislador peruano, se muestran con más fuerza por la proliferación, en todas las descripciones típicas, de una técnica discutida en la doctrina, pero al mismo tiempo necesaria, llamada leyes penales en blanco, cuya autoría le pertenece a Karl Binding, quien la aplicó por primera vez para explicitar ciertos casos de delegación y autorización de la autoridad federal a favor de la estatal de los Lander en Alemania. Más adelante esta técnica fue desarrollada por Mezger quien agrega otros dos elementos: cuando el complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en la misma ley y cuando se halla contenido en otra ley, pero que emana de idéntica instancia legislativa.

En el uso de la ley penal en blanco, se distingue entre “*norma sancionadora*” que es la remitente y “*norma completante*”, que es a la cual se dirige la remisión. La remisión puede ser **estática** cuando se refiere expresamente a la fuente que complete el tipo penal o **dinámica** cuando se remita en general a cualquier otra norma ya sea vigente o futura, en el tipo penal de contaminación del ambiente, se ha optado por esta última, por la complejidad de la materia y la necesidad de una regulación previa por el Derecho administrativo. La ley penal en blanco supone de hecho una delegación de la potestad legislativa en materia ambiental. **Es aquel tipo penal en el que está descrito sólo la sanción jurídico – penal aplicable.**

y confiando para la determinación total del injusto a fuentes jurídicas extrapenales a la cual reenvía expresa o tácitamente, pero nunca definir las condiciones prohibitivas del injusto mismo. No menos preocupante resulta añadir que la ratio de esta técnica **no es tanto de carácter sustantivo, sino sencillamente que responde a criterios técnicos de economía legislativa.**

Nuestra normativa penal en materia ambiental utiliza la cuestionable **técnica del reenvío dinámico, al contrario de las denominadas remisiones estáticas que son admitidas constitucionalmente, por su perennidad y certeza en la fijación del contenido de conducta prohibida a través de una ley formal a una determinada norma extrapenal.** Así las cosas, el reenvío dinámico, son aquellas leyes que se remiten a una serie de normas indeterminadas presentes y futuras, acogiendo, sin más, el contenido que la norma extrapenal tenga en cada momento. En este punto coincidimos con la postura de Dino Caro Coria¹¹³, cuando sostiene que **la técnica del reenvío dinámico se aleja del mandato de certeza, y que además, determina la ineficacia de las incriminaciones pues a los particulares les será relativamente fácil alegar con éxito la existencia de un error de prohibición ante la incertidumbre de las normas que complementan el tipo penal en blanco, lo que redundará en la exclusión, atenuación de culpabilidad y por ende de la pena.**

¹¹³CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*. Lima, 1999, p. 378

El Tribunal Constitucional español, en un fallo pronunciado en las SS 127/1990, del cinco de julio de 1990 y 62/1994, recogiendo la estructura típica del antiguo 347 bis, admite la constitucionalidad de la ley penal en blanco, siempre que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, comprenda el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza, debiéndose dar la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede adecuadamente precisa.

En suma la ley penal en blanco, es la única posibilidad de conseguir certeza y seguridad, teniendo como objetivo: hacerla lo más precisa posible en la configuración típica del supuesto de hecho y hacia dónde va dirigida la remisión. **La disposición extrapenal sólo tiene por función señalar las condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero nunca debe entrar a definir lo prohibido mismo.** El monopolio legal sobre los elementos esenciales de la materia de prohibición, **no se reduce, sin embargo, a la mera descripción formal de la conducta: es necesaria la determinación en la ley penal del “valor a proteger”.** **De acuerdo con ello, debe considerarse violación del principio de legalidad a la remisión que impida conocer los valores a los que han de referirse las formalidades reglamentarias a considerar en cada situación.**

Ahora bien, la existencia de una multiplicidad de normas extrapenales en materia ambiental, hace que sea muy difícil, y hasta materialmente imposible que los ciudadanos circunscritos a particulares

ámbitos riesgosos catalogados como transgresores en potencia, conozcan con precisión tal o cual norma prohibitiva, lo que quiebra inevitablemente el aspecto de motivación penal implícito en el mensaje de ley. Ahora, esta situación trasciende a las exigencias dogmáticas de la cognoscibilidad del hecho punible, ya que generaría, por un lado, un error según si se afecta a un elemento objetivo del tipo (error de tipo) o sobre la existencia misma de la norma o causa de justificación ficticia (error de prohibición).

2.3.4. LA CALIFICACIÓN REGLAMENTARIA DE LA AUTORIDAD AMBIENTAL.

Uno de los puntos más discutibles del tipo penal de contaminación ambiental es precisar lo que significa la “calificación reglamentaria de la autoridad ambiental”. Un sector de la doctrina penal entiende que esta calificación se corresponde con el requisito procesal del informe técnico que debe evacuar la autoridad ambiental en los procesos penales por delitos contra el ambiente, lo que parece ser lo que se ha impuesto en la práctica. Esto supone que la autoridad ambiental deberá precisar en su informe técnico si el impacto ambiental de la conducta contaminante investigada es grave o no.

Será la autoridad ambiental en cada sector quien evaluará los daños ocasionados, y aquí es donde se inicia los problemas de orden jurídico – conceptual y funcional – competencial; desde el punto de vista jurídico – conceptual, porque sólo y únicamente el órgano jurisdiccional es quien debe interpretar y aplicar las normas al caso concreto dentro de un proceso penal, cuando de delitos se trate, entonces una autoridad ambiental, que es en otras palabras una autoridad administrativa, no está en

condiciones de “calificar” los resultados dañosos que se ocasionen; y desde el punto de vista funcional – competencial, se va a originar una lamentable confluencia de facultades estatales porque tanto el juez penal como la autoridad ambiental impondrán criterios disímiles y contradictorios en un caso concreto. Antes de la última modificatoria introducida por el Art. 2º del Decreto Legislativo 1351, el artículo 304º del Código Penal señalaba que los resultados dañosos al ambiente serán evaluados *según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental*, es decir, previa a la evaluación de la autoridad ambiental, debe haber una reglamentación que prevea tal situación dañosa. Pero si no existiera tal reglamentación, no se hubiera podido aplicar la sanción prevista en el entonces artículo 304º del Código Penal, como tampoco se hubiera podido aplicar la facultad discrecional de la autoridad ambiental para suplir la deficiencia. Obviamente que este aspecto es violatorio al principio de reserva de la ley penal y del principio de legalidad de la conducta penal.

En la actualidad, el tipo penal de contaminación del ambiente ya no contempla la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, como vemos a continuación:

“Artículo 304.- Contaminación del ambiente.

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental,

será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

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

Pero sigue vigente la exigencia de la emisión del Informe Técnico Fundamentado que debe evacuar la autoridad ambiental del sector competente.

2.3.5. EL VALOR PROBATORIO DEL INFORME TÉCNICO FUNDAMENTADO.

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

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

En un informe técnico fundamentado la autoridad administrativa realiza una labor de sistematización concretización de la

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

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

2.3.6. ASPECTOS CENTRALES DEL INFORME TÉCNICO FUNDAMENTADO:

El artículo 149^o.1 de la Ley General del Ambiente establece que: *En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el título décimo tercero del libro segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental (...) El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta días (...) Dicho informe deberá ser meritado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente”.*

El informe técnico fundamentado, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 009-2013-MINAM, (en lo que corresponde a nuestro tema) debe ceñirse a lo siguiente:

“4.1. El informe fundamentado requerido en el marco de la investigación penal de los delitos tipificados en los Capítulos I (Delitos de

Contaminación) y II (Delitos contra los Recursos Naturales) del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, deberá contener, como mínimo, lo siguiente:

(a) Antecedentes de los hechos denunciados.

(b) Base legal aplicable al caso analizado.

(c) Competencia de la autoridad administrativa ambiental.

(d) Identificación de las obligaciones ambientales de los administrados involucrados en la investigación penal, que se encuentren contenidas en leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental y que resulten aplicables a los hechos descritos por el Ministerio Público.

(e) Información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas y/o reportes presentados por los administrados involucrados en la investigación penal, de ser el caso.

(f) Conclusiones”.

Ahora bien, advertimos que el informe exige que la autoridad ambiental, analice la base legal aplicable al caso e identifique las obligaciones ambientales de los administrados involucrados contenidos en diversos cuerpos legales, exponga la labor de fiscalización ambiental que hizo y de ser el caso los informes presentados por los administrados y finalmente emita una conclusión. Si analizamos estas exigencias, claramente advertimos que lo que se está pidiendo a la autoridad ambiental al momento de emitir su informe técnico fundamentado, es que analice la conducta efectuada por los administrados sobre la observancia de las leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental, y además analice las acciones o reportes presentados por dichos administrados, en mérito a la labor de fiscalización ambiental que les corresponde. Dicha circunstancia lleva aparejada indudablemente que la autoridad ambiental, al analizar las leyes incumplidas por el administrado, debe pronunciarse también por el daño ambiental, pues de no ser así, no tendría sentido la

emisión del informe fundamentado, pues si sólo sería pasible de que se indique en el documento que determinada ley, reglamento o instrumento de gestión ambiental fue vulnerado por el administrado, dicho informe carecería de contenido, pues muy bien el fiscal a cargo del caso podría solamente pedir a la autoridad administrativa, sin la mayor exigencia de un informe, que le indique la normatividad que habría violentado el administrado y a partir de ello verificar si de acuerdo a los hechos, efectivamente se concretó dicha vulneración pero con el añadido de que se haya determinado un daño al ambiente, en los términos que exige el tipo penal, mas no así dejar en manos de la autoridad ambiental la determinación de ese daño ambiental, que si bien puede estar indicado en el tipo penal, pero la realidad nos demuestra que ello es completado por la autoridad administrativa de manera esencial y no complementaria.

Lo cierto es que la facultad de determinar el daño ambiental, otorgado a la autoridad ambiental sigue vigente, aunque de manera solapada con la dación de este Decreto Supremo, y ello indudablemente abre un claro cuestionamiento sobre el respeto al Principio de Legalidad del tipo penal de contaminación, pues deja en manos de la autoridad administrativa ambiental, que defina un aspecto importante y trascendental, cual es el daño ambiental producido por la actividad riesgosa del administrado, cuando de acuerdo a las bases dogmáticas de la ley penal en blanco, usada como técnica legislativa en el delito en mención, la remisión a la ley administrativa sólo debe ser complementaria y no esencial. En este caso, advertimos que es esencial, pues de acuerdo a su calificación (aunque se dice que no es vinculante), se definirá el

proceso penal que se sigue y será la autoridad ambiental, quien en definitiva establecerá si el hecho es delito o no, cuando esa labor es reservada para el Juez, luego de la actividad probatoria.

Por otro lado, advertimos una clara inconsistencia entre lo que dispone el Decreto Supremo N° 009-2013-MINAM y el tipo penal del delito de Contaminación del ambiente previsto en el artículo 304° del Código Penal. En efecto, nótese que el literal d) del reglamento en mención, se refiere a que la autoridad ambiental en el informe que emita, deberá identificar las obligaciones ambientales que se encuentren contenidas en “**...leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental...**”; sin embargo, si tenemos en cuenta la redacción del tipo penal del delito mencionado, se advierte que éste alude al accionar del sujeto activo que infringiendo “**...leyes, reglamentos o límites máximos permisibles...**”, entonces tenemos que es el Reglamento del Art. 149°.1 de la Ley General del Ambiente, quien estaría incluyendo un supuesto que no se encuentra contemplado en el tipo penal, cual es el Estándar de Calidad Ambiental, pues los instrumentos de Gestión Ambiental están compuestos por los Límites Máximos Permisibles y los Estándares de Calidad Ambiental, siendo que el tipo penal de Contaminación del ambiente sólo hace alusión a los límites máximos permisibles y no a los estándares de calidad ambiental, ello porque la finalidad de este instrumento es fijar metas que representan el nivel a partir del cual se puede afectar significativamente el ambiente y la salud humana, usadas para establecer políticas ambientales públicas, en tanto que los límites máximos permisibles establecen un límite aplicable a las emisiones,

efluentes o descargas al ambiente individualizando los límites por actividad productiva, habida cuenta que por estas emisiones se puede afectar el aire, el agua o el suelo.

2.3.7. LA AUTORIDAD ENCARGADA DE EMITIR EL INFORME TÉCNICO

FUNDAMENTADO:

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

- 1.- La entidad de fiscalización ambiental nacional.
- 2.- La entidad de fiscalización ambiental regional.
- 3.- La entidad de fiscalización ambiental local.

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

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

autoridad administrativa ambiental competente, podrá solicitar orientación al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.

2.4. BASES O FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN.

2.4.1. LA RELACIÓN HOMBRE-NATURALEZA-SOCIEDAD EN RELACIÓN CON LA SUSTENTABILIDAD Y EL HOLISMO AMBIENTAL.

Las sociedades humanas desde su aparición, tuvieron que interactuar con el medio ambiente en que vivían, y extraían de él los recursos que necesitaban (alimento, energía, ropa, calzado, alojamiento etc.) para sobrevivir donde el hombre no sea superior a la naturaleza, interacción que el hombre la llevaba a cabo a través del trabajo¹¹⁴.

Refiere cómo esta relación ha constituido un problema permanente de atención filosófica, que ha influido en cada época sobre todo en la manera en que el hombre ha construido una cognición determinada para fundamentarla. Define tres formas de relacionarse el hombre con la naturaleza: biológicas, prácticas y cognoscitivas vinculadas directamente con las características psico-biológico-sociales y que se identifican en diferentes niveles y las formas del intercambio del hombre con su medio¹¹⁵.

¹¹⁴ CORREA, A (2015), "Relación Hombre-Naturaleza-Sociedad". Extraído desde: <https://prezi.com/rbw1nfvwhzbv/relacion-hombre-naturaleza-sociedad/>

¹¹⁵ SÁNCHEZ CUTIÑO, C. (2014), "La Relación Hombre-Naturaleza-Sociedad y su Enfoque en los Estudios Sociales y Humanísticos", *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. Extraído desde: <http://caribeña.eumed.net/hombre-naturaleza-sociedad/>

Esta división en etapas encierran dos tipos de relaciones una primera; caracterizada por el dominio de la naturaleza sobre el hombre y una segunda al decir del investigador Luis Hernández : más breve , que llega hasta la actualidad caracterizada por el dominio creciente del hombre sobre el entorno natural. Asume como válida la periodización de los filósofos rusos v. Kelle y M. Kovalson por considerar que se adecua al desarrollo lógico de la historia aunque considera que no se puede hablar de un dominio del hombre sobre la naturaleza.

La llegada de la revolución industrial del siglo XVIII marcaría, según Montero Peña, el inicio de la tercera etapa y con ella la carrera desenfrenada del hombre por el dominio de la naturaleza. Señala como aspecto de importancia la denominada Revolución Científico Técnica como resultado de la interacción del binomio ciencia-tecnología que pone en manos del hombre los medios de producción capaces de someter los intereses humanos a la naturaleza al cambiar radicalmente los paradigmas del mundo del hombre en tres direcciones fundamentales: el conocimiento humano, la vida cotidiana y como proceso material de la vida¹¹⁶.

Asume que la visión tradicional de la ciencia había generado la creencia de que todo se podía resolver con los adelantos científicos y tecnológicos y que esta concepción ha empezado a quebrarse. La tecnociencia, explica, está subvirtiendo los valores tradicionales de las comunidades y creado otros que llegan a romper las formas tradicionales del hombre relacionarse con la naturaleza, con los otros hombres y consigo mismo.

¹¹⁶ Ídem. Extraído desde: <http://caribeña.eumed.net/hombre-naturaleza-sociedad/>

Al respecto, argumenta acerca de que la naturaleza era vista por el hombre como objeto de apropiación de bienes, como la fuente inicial de todas las riquezas humanas que adquiriría valor únicamente en el intercambio con el hombre. La naturaleza estaba ahí para ser utilizada. En la modernidad, a diferencia de los antiguos que consideraban que el hombre era capaz de aprender de la naturaleza se estima como un elemento del conocimiento humano que el hombre somete a juicio a través de los instrumentos proporcionados por el conocimiento.

Afirma que desde Bacon –el objetivo de la ciencia ha sido el conocimiento de los que puede utilizarse para dominar y controlar la naturaleza y hoy por tanto la ciencia como la tecnología son utilizados predominantemente para propósitos que son profundamente antiecológicos. Como rasgo distintivo de la modernidad se plantea la imposición de un desarrollo científico técnico creador de tecnologías, en el que por encima de cualquier cualidad que se le pueda atribuir se impone la posesión de una racionalidad instrumental que tiene como único fin la búsqueda de la eficiencia en sí misma.

Como hito fundamental refiere que después de la Segunda Guerra Mundial este desarrollo adquiere una nueva connotación al ser el resultado de una imbricación entre ciencia y tecnología que trae como consecuencia las características de los procesos tecnológicos que origina de la llamada tecnociencia. Señala que visión de la naturaleza de la racionalidad clásica se conformó a partir de la idea de un conocimiento dicotómico entre la naturaleza y el conocimiento humano donde el primero tiene la obligación de conocer la segunda con la finalidad de dominarla.

A su juicio y avalado por oportunas citas textuales la naturaleza privada de valor en sí misma, adquiriría sentido de valor en la interacción con el hombre, como objeto de satisfacción de necesidades humanas. Refiere Montero Peña que esta visión de la naturaleza ha primado en toda la modernidad y que es en buena medida responsable del surgimiento de corrientes de pensamiento sustentadas en la idea de que el hombre es capaz de reparar cualquier daño ocasionado a la naturaleza, a través del uso de la ciencia y la tecnología.

A partir de la idea de Engels de que el hombre modifica la naturaleza y la obliga a servirle y que después de esas victorias la naturaleza cobra venganza, la explicación de la naturaleza del problema ambiental, punto de partida para comprender la esencia del mismo y referencia para encontrar una solución a las contradicciones surgida como consecuencia de la aparición de tecnologías y prácticas productivas destructivas de la naturaleza , lo relaciona el autor con los presupuestos metodológicos del holismo ambientalista. Referido al tratamiento del holismo ambiental, Montero Peña, acota que el término fue introducido por Jan Smuts en su obra "Holism and Evolution", publicada en Londres en 1926. Afirma que esta concepción tan interesante parte de la idea de que el todo y las partes se influyen y determinan recíprocamente y cita a Smuts 1999:228, cuando expresara¹¹⁷: "La idea del todo y la totalidad no debería por tanto limitarse al dominio biológico, abarca los sistemas inorgánicos y las más elevadas manifestaciones del espíritu humano".

¹¹⁷ Ídem. <http://caribeña.eumed.net/hombre-naturaleza-sociedad/>

Analiza también el cambio radical que se produjo durante el Medioevo –XVI-XVII, cuando se sustituye la noción del universo orgánico espiritual por la del mundo “como máquina” y el momento en que la maquinaria universal se erige como paradigma dominante de la Modernidad. En esta evolución relaciona los nuevos descubrimientos revolucionarios que tuvieron lugar en la física y la astronomía, fundamentalmente y hallaron su máxima expresión en los logros de Copérnico, Galileo y Newton.

Afirma a manera de conclusión para el epígrafe que el holismo ambiental viene a constituir una metodología para explicar las relaciones existentes entre los diferentes componentes del universo en la misma medida que rechaza cualquier explicación mecanicista en el funcionamiento del mismo. Dicha concepción la analiza como parte de la explicación de la relación existente entre el todo y las partes, en la cual, como ya expresara no es una mera suma de sus partes sino que en su interior se produce una interacción entre los componentes internos de la estructura de ese todo, que no es estático sino dinámico, evolutivo y creativo.

Concreta que en la visión holística del universo la acción externa entre los cuerpos, la influencia que ejercen otras entidades sobre otras, encuentra su explicación lógica a partir del análisis de esas influencias sobre los todos internos de cada objeto o fenómeno que el holismo ambiental viene a dar respuesta a un sinnúmero de interrogantes que hasta ahora no permitían la comprensión del problema ambiental que es de gran complejidad tanto en su definición como en la explicación del cambio ambiental¹¹⁸.

¹¹⁸ Ídem. Extraído desde: <http://caribeña.eumed.net/hombre-naturaleza-sociedad/>

2.4.2. LA PREPARACIÓN TEÓRICA COMO BASE FUNDAMENTAL PARA EL ANÁLISIS DE LA RELACIÓN HOMBRE-NATURALEZA-SOCIEDAD. ENFOQUE DESDE LA COMPLEJIDAD.

Columbié Puig, reconsidera los saberes necesarios para la educación del futuro, propuestos por Edgar Morín como uno de los más grandes filósofos y antropólogos de estos tiempos, en solicitud de la UNESCO. Se aprecia una tendencia de producción práctica sin el debido fundamento teórico, es necesario promover un conocimiento que aborde los problemas globales, tomando conciencia de los problemas de los otros y de su incidencia en su contexto, que conozcan la identidad compleja que son como individuo y al mismo tiempo de su identidad común a todos los demás humanos. En su contribución a la UNESCO sobre cómo educar para un futuro sostenible para que sean temas de debate en la localidad, como puntos de vista a considerar en la educación ambiental¹¹⁹.

Sugiere que resulta valioso para comprender que la condición humana debe ser objeto esencial de cualquier sistema educativo, al respecto la cultura ambiental en la comunidad puede enseñarse sobre la base de estos conocimientos. Su esencia estriba en que los fenómenos son interdependientes, de este modo la cultura ambiental debe considerar como conocimiento pertinente aquel que contemple el contexto, lo global, lo multidimensional y lo complejo. Expone que el hombre es un ser físico, biológico, síquico, cultural, social e histórico, unidad compleja que es la naturaleza humana, está completamente desintegrada; razón por la que hay que restaurarla de tal

¹¹⁹ Ídem. Extraído desde: <http://caribeña.eumed.net/hombre-naturaleza-sociedad/>

manera que cada individuo tome conciencia de su identidad común a los otros hombres¹²⁰.

La separación de las disciplinas, del objeto y el sujeto, lo natural y social; la separación del contexto impide a menudo operar el vínculo entre las partes y las totalidades, la educación tiene que promover una inteligencia general, apta para referirse de manera multidimensional a lo complejo, al contexto en una concepción global.

- **Enseñar la condición humana:** Sustenta que las diferentes ciencias deben enseñar la condición humana, restaurar la unidad compleja de la naturaleza humana, la cual está completamente desintegrada en la educación a través de las disciplinas y que imposibilita aprender lo que significa el ser humano en su integridad.

- **Enseñar la identidad terrenal:** Señala que en los diferentes marcos de reflexiones, la complejidad de la crisis planetaria muestra que todos los humanos viven en una misma comunidad de destino y toman conciencia de que comparten un lugar común al ser ciudadanos de la tierra, al confrontar problemas vitales de identidad terrenal.

- **Enseñar a afrontar las incertidumbres:** Remarca que las ciencias deben enseñar principios que permitan afrontar lo inesperado, lo incierto, enseñan muchas certezas, pero no los innumerables campos de incertidumbres. Es necesario caminar en los caminos difíciles de la incertidumbre a través de los pasos de certeza recorridos. Se tendrá que enseñar principios de

¹²⁰ Ídem. <http://caribeña.eumed.net/hombre-naturaleza-sociedad/>

estrategia que permitan afrontar los riesgos, lo inesperado, lo incierto y modificar su desarrollo en virtud de las informaciones adquiridas en el camino.

- **Enseñar la comprensión:** El planeta necesita comprensiones, entre personas próximas como extrañas, para que las relaciones humanas salgan de su estado salvaje de incomprensión, el diálogo entre las culturas es necesario, comprensión y tolerancia hacia el otro. Los niveles instructivos deben analizar los efectos de las incomprensiones desde sus raíces. Este estudio, no solo debe ser en los síntomas, sino en las causas de los racismos, las xenofobias y los desprecios, plataformas seguras para la educación por la paz, a la cual estamos ligados necesariamente, necesidad de estudiar la incomprensión desde sus raíces, sus modalidades y sus efectos.

- **Enseñar la ética del género humano:** Muestra que la ética no debe enseñarse con lecciones de moral, existe una triple realidad, la cual debe estar formada en las mentes a partir de la conciencia de que el humano es al mismo tiempo individuo, parte de una sociedad, parte de una especie, toda persona debe comprender el desarrollo conjunto de las libertades individuales, de las reciprocidades comunitarias y la seriedad que implica saber que pertenecer a la especie humana, nos hace sentirnos íntimos en un mismo planeta, la educación no solo debe contribuir a una toma de conciencia de la tierra-patria, sino también permitir que esta conciencia se traduzca en la voluntad de realizar la ciudadanía terrenal.

Resulta imprescindible para los investigadores una preparación teórica que favorezca el enfoque interdisciplinario de la temática que responda preferentemente a los desafíos que enfrenta la complejidad.

2.4.3. CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA.

El TC¹²¹, entiende que la tutela del medio ambiente se encuentra regulada en nuestra “Constitución Ecológica”, que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, tema que ocupa un lugar medular en nuestra Ley Fundamental.

Tal como en su momento fue desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana¹²², en criterio que es compartido por este Tribunal, la Constitución Ecológica tiene una triple dimensión:

- Como principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación.
- Como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales.
- Como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, “en su calidad de contribuyentes sociales”¹²³.

Como bien lo ha señalado Adame Goddard el reconocimiento de los derechos sociales “como deberes de solidaridad sirve a su vez para que cada individuo dirija sus máximos esfuerzos a la obtención de aquellos bienes que

¹²¹ Sentencia Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 03610-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico N° 33 - 35

¹²² Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional Colombiana.

¹²³ Sentencia Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 03610-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico N° 34

representan sus derechos sociales, superando de este modo la visión paternalista que exige que la satisfacción de necesidades esté únicamente en manos del Estado”¹²⁴.

2.5. DEFINICIONES CONCEPTUALES:

2.5.1. ACCIÓN.

La palabra *acción* tiene una variada significación y una variada gama de teorías, que a partir de la segunda mitad del siglo XIX se han venido formulando para tratar de precisar la naturaleza de la acción. El concepto de acción varía según la doctrina que se sustente acerca del proceso, según se lo considere al servicio de las partes o al servicio del Estado. Empero sintetizando a la acción en general, la entendemos como el derecho que tiene una persona de acudir al órgano del Estado para reclamar amparo jurídico o, como prefiere Jorge Clariá Olmedo¹²⁵, la acción procesal es el poder de presentar y mantener ante el órgano jurisdiccional una pretensión jurídica, postulando una decisión sobre su fundamento y, en su caso, la ejecución de lo resuelto.

2.5.2. ACCIÓN PENAL.

Producida la comisión de un delito (además de que deben concurrir una serie de requisitos formales para la sustanciación de un proceso penal), es necesario que haya un actor para dar vida a la pretensión

¹²⁴ GODARD, Jorge Adame. Derechos Fundamentales y Estado. Instituto de Investigaciones Jurídicas N° 96: México.2002.Pag. 82, Citado por el TC.

¹²⁵COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil, Depalma, Buenos Aires, 1974, pp. 63-64.

punitiva del Estado para satisfacerla. Este actor es el representante del Ministerio Público, llamado también acusador y no el particular afectado por el delito, como ocurre en el proceso civil, en el cual la sola presentación de la demanda determina la persona del demandado, a quien podrá o no absolverse en la sentencia; pero no se condenará o absolverá a persona diferente ya que es el actor quien lo ha elegido¹²⁶.

En este contexto la acción penal es considerada como la potestad jurídica persecutoria contra la persona física que infrinja la norma jurídico – penal. De esta manera, se consigue promover o provocar la actividad del órgano jurisdiccional para descubrir al autor y a los partícipes del delito o falta que se imputa, y aplicar la ley penal con una sanción (pena o medida de seguridad) al responsable (culpable), así como lograr el resarcimiento (reparación civil) de los daños ocasionados por la comisión del delito.

Ahora bien, el concepto de acción penal es privativo del proceso acusatorio. Ello significa no sólo que la acción sea una cosa y otra diferente el derecho de penal, sino que la acción es un concepto puramente formal. Mientras que en el proceso inquisitivo la persecución constituye un derecho incondicionado de los órganos jurisdiccionales, cuya función no necesita ser promovida desde fuera; en el acusatorio, la potestad de juzgar se hace depender de la actividad de un acusador, de que alguien -órgano público o particular,

¹²⁶ ROSAS YATACO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Pacífico Editores, Lima – Perú, 2013. Volumen I, pág. 209.

independiente de quien juzga- “persiga” o “promueva” la acción de la justicia.

La acción penal es pública, pero excepcionalmente el ejercicio se concede en algunos casos a los particulares. El ejercicio público de la acción penal se concreta cuando se ejerce la acción penal de oficio, a través de un órgano del Estado. Le concierne su ejercicio en este sentido, al Representante del Ministerio Público. El ejercicio privado de la acción penal se otorga al particular.

2.5.3. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO AMBIENTAL.

El Derecho Ambiental como rama con cierta independencia, cae sustancialmente dentro del campo del derecho administrativo, porque en la elaboración legislativa sobre temas ambientales, generalmente se conceden facultades, deberes y discrecionalidad a los ciertos órganos de la administración pública con una finalidad preventiva frente a posibles pasivos ambientales más que reaccionaria o represiva. Es decir, una responsabilidad *ex ante*, relacionada efectivamente con el Principio Precautorio que caracteriza al derecho ambiental, acuñado en la Declaración de Estocolmo y complementado en la Declaración de Río.

2.5.4. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

El Derecho Administrativo suele ser definido como un Derecho especial formado por un equilibrio entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos, es decir, por una

serie de «privilegios en más y en menos», Dentro de esos poderes o privilegios merece un lugar destacado la potestad sancionadora de la Administración. En ejercicio de dicha potestad, la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma. Dicha facultad se otorga a la Administración para que prevenga y, en su caso, reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellos ámbitos de la realidad cuya intervención y cuidado le han sido previamente encomendados¹²⁷.

2.5.5. DERECHO AMBIENTAL.

Ha de ser definido como aquella parcela del orden jurídico, cuya especificidad y autonomía científica, se explica por la complejidad de su objeto de estudio, en tanto el Medio ambiente constituye un concepto omnicomprendivo, donde ha de aglutinarse una serie de componente ambientales, a su vez, definir la proyección normativa del Estado, que se expresa a través de las diversas funciones tutelares, fiscalizadoras, sancionadoras y controladoras que se atribuyen a los diversos estamentos de la Administración Pública, comprometidos a la protección y conservación del Medio Ambiente. Disciplina jurídica que ha de sintonizar su *ratio* con la política del Estado, contemplado en el texto *ius-fundamental*. Es más que una mera contemplación normativa, para adentrarse a políticas de gestión y administración

¹²⁷ CANO, T. (1995), "Derecho Administrativo Sancionador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, (Nº 43), pág. 339 – 340. Extraído desde: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2007332.pdf>

ambiental, conforme se desprende de la vastedad de normativas, encaminadas en dicha orientación *finalista*¹²⁸.

2.5.6. INFORME TÉCNICO FUNDAMENTADO:

El 21 de junio de 1996 se aprobó la ley 26631, que dicta las normas para la formalización de la denuncia por los delitos tipificados en el Título XIII «Delitos contra la Ecología» del Código Penal, donde se establece que se requería una opinión fundamentada por escrito sobre si se había infringido la legislación ambiental. En concreto, esta ley establecía lo siguiente: a. La exigencia de una opinión fundamentada previa y por escrito de la autoridad sectorial competente antes de formalizar la denuncia penal. b. La dirimencia del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM, institución que ha sido fusionada al Ministerio del Ambiente) en caso de informes discrepantes de dos o más autoridades sectoriales. c. La procedencia de la acción penal por inejecución de las disposiciones del EIA o PAMA. Con la aprobación de la ley general del ambiente se derogó la ley 26631, sin embargo lo establecido por esta ley fue íntegramente incorporado en el artículo 149 de la ley general del ambiente (LGA). Posteriormente, la ley 29263 modificó diversos artículos de la LGA, entre ellos el artículo 149. Meses después se aprobó el Decreto Supremo 004-2009-MINAM, que reglamenta el artículo 149° de la Ley General del Ambiente. De esta manera, el artículo 149 de la LGA Ambiente y su reglamento establecen que: Es obligatoria la evacuación de un informe

¹²⁸PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Los Delitos contra el Medio Ambiente. Editores Rodhas, Lima – Perú, pág. 75.

fundamentado por escrito por parte de la autoridad ambiental; el informe debe ser evacuado antes del pronunciamiento del Fiscal Provincial o del Fiscal de la Investigación Preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal; el plazo para la elaboración del informe debe ser de 30 días y el informe debe ser meritado por el Juez o Fiscal al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.

2.5.7. NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE CERTA:

Esta garantía **exige al legislador que formule las descripciones de las conductas delictivas de la manera más precisa posible**, es decir la Ley penal debe ser redactada con la mayor precisión posible (**lex certa**), principio que está dirigido al legislador y que se le exige que “los **tipos penales han de redactarse con la mayor exactitud posible**, evitando los conceptos clásicos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever solo marcos penales de alcances limitado. La razón del mandato de determinación radica en que la reserva de la ley únicamente puede tener completa eficacia si al voluntad jurídica de la presentación popular se ha expresado con tal claridad en el texto que se evite cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez.

2.5.8. SEGURIDAD JURÍDICA:

Se entiende como garantía hacia los ciudadanos, sin atentar contra la discrecionalidad por parte de los administradores de justicia, así como también, en las decisiones del legislador. El sistema penal, debe

reflejar predeterminación y posibilidad de calcular fases de la comunicación a razón de su comportamiento ajustado a la norma.

2.5.9. PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

El principio de legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental, conforme al cual todo ejercicio de un poder público debería realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. Si un Estado se atiene a dicho principio entonces las actuaciones de sus poderes estarían sometidas a la constitución actual o al imperio de la ley.

2.5.10. TIPO PENAL EN BLANCO:

En Derecho penal, se conocen como **leyes penales en blanco** o **leyes necesitadas de complemento** a aquellos preceptos penales principales que contienen la pena pero no consignan íntegramente los elementos específicos del supuesto de hecho, puesto que el legislador se remite a otras disposiciones legales del mismo o inferior rango.

La utilización de leyes penales en blanco puede suponer una vulneración del principio de legalidad en Derecho penal. El principio de legalidad penal conlleva cuatro exigencias: *lex scripta*, *lex certa*, *lex previa* y "*lex stricta*". A saber: ley escrita, cierta, previa y estricta. Las dos primeras exigencias pueden verse afectadas por la existencia de las normas penales que hacen un reenvío a normas de rango menor. Por otra parte, también implica una vulneración del principio de separación de poderes, puesto que habilita al poder ejecutivo para que

instituya prohibiciones penales, lo cual debería estar reservado al Poder Legislativo.

2.6. BASES EPISTÉMICAS:

2.6.1. EPISTEMOLOGIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO Y RATIO LEGIS.

Contreras Acevedo¹²⁹, señala que, “La epistemología estudia los problemas del conocimiento, principalmente los de su producción, origen, valor y límites”.

La *ratio legis*, es decir, la razón o fundamento de lo que debía decir y a lo que se remite la prescripción en el ámbito de la unidad del saber para garantizar la paz y la justicia sobre la base de ideales concretos. Luego, todo el debate de la interpretación gira en torno a la conciliación de la literalidad con lo que también se llama espíritu, de manera que se vio que la literalidad era necesaria, pero no era suficiente, debido a sus vaguedades e imprecisiones. Por ello, debía ir unida al espíritu¹³⁰.

“El Principio de razón suficiente puede, en cada una de sus significaciones, ser fundamento de un juicio hipotético, como, en última instancia, también todo juicio hipotético estriba en él”

2.6.2. EL PENSAMIENTO KELSENIANO Y LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA.

Hans Kelsen menciona esa promiscuidad de objetos que cercaba la Jurisprudencia, de la siguiente forma¹⁸: “De un modo enteramente

¹²⁹ CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro: “La importancia del planteamiento epistemológico en el derecho. Revista In Jure Anáhuac Mayab” [online]. 2013, año 2, núm. 3. ISSN 2007-6045. Pg. 56-77.

¹³⁰ BARRÍA, M. (2011), “El Elemento de Interpretación Gramatical. Su Origen en Savigny, Algunos Autores Modernos y la Doctrina Nacional”, *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins – Ars Boni et Aequi*, (N° 2). Extraído desde: <http://www.ubo.cl/icsyc/actividades-academicas/publicaciones/revista-ars-boni-et-aequi/>

acrítico, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política. Esta confusión puede explicarse por el hecho de que estas ciencias se refieran a objetos que indudablemente tienen una estrecha conexión con el Derecho. Cuando la Teoría Pura emprende delimitar el conocimiento del Derecho en frente de estas disciplinas, lo hace no por ignorar o, mucho menos, por negar esa conexión, sino porque intenta evitar un sincretismo metodológico que oscurezca la esencia de la ciencia jurídica y diluya los límites que le son impuestos por la naturaleza de su objeto”. Así, él separa aquello que sería efectivamente un objeto jurídico de aquello que es metajurídico, fuera del ámbito jurídico (es decir, las discusiones acerca de la Justicia, aquello que es metafísico, histórico, sociológico, antropológico cultural, religioso)¹³¹.

2.6.3. HIPÓTESIS, TEORÍA Y LEY CIENTÍFICA.

Existen tres conceptos fundamentales en la epistemología: Hipótesis, Teoría y Ley científica.

a) Hipótesis: Se puede definir como una conjetura, como un supuesto con el cual se trata de explicar un hecho observado y muchas veces, la hipótesis está sometida a la corrección, cuando aparecen nuevos conocimientos. La hipótesis es el punto de partida de una investigación científica¹³².

¹³¹ RODOVALHO, T. (2015), “Kelsen y la Epistemología”, *Revista Peruana de Derecho Tributario – USMP Tax Law Review*, (Nº 19), pág. 9 – 10. Extraído desde: http://www.derecho.usmp.edu.pe/revista_cet/archivos/MONOGRAFIAS_E_INVESTIGACIONES/3-Kelsen_y_la_epistemologia.pdf

¹³² ALGOCAST (2014) Hipótesis, Teoría y Ley Científica, Publicado por VNIVERSITAS. Extraído desde: <http://vniversitas.over-blog.es/article-hipotesis-teoria-y-ley-cientifica-123864677.html>

- b) Teoría:** Se denomina “teoría” a la comprobación de una hipótesis. Cualquier teoría, fue antes, una hipótesis que sometida al proceso de la investigación, fue demostrada o verificada¹³³.
- c) Ley científica:** Es el enunciado que expresa las relaciones constantes entre fenómenos de la naturaleza, la sociedad o la mente. La ley científica se puede definir como relación invariable de términos¹³⁴.

¹³³ Ídem. <http://vniversitas.over-blog.es/article-hipotesis-teoria-y-ley-cientifica-123864677.html>

¹³⁴ Ídem. <http://vniversitas.over-blog.es/article-hipotesis-teoria-y-ley-cientifica-123864677.html>

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN:

3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación constituye una investigación básica no experimental.

Me ha permitido a través del aporte del investigador planteamientos teóricos fundamentales que enriquece los bases científicas.

Según Carrasco Díaz¹³⁵, denomina investigación básica ***“Es la que no tiene propósitos aplicativos inmediatos, pues solo busca ampliar y profundizar el caudal de conocimientos científicos existentes acerca de la realidad. Su objeto de estudio lo constituye las teorías científicas, las mismas que las analiza para perfeccionar sus contenidos”***.

3.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.

El nivel de investigación es descriptiva y explicativa.

Según Garce Paz, se entiende por nivel de investigación descriptiva aquel que: ***“(…) narra, describe o explica minuciosamente lo que está sucediendo en un momento dado y lo interpreta”***.

Para Sánchez Carlessi, la investigación explicativa constituye ***“(…) es la explicación de los fenómenos y el estudio de sus relaciones para conocer su estructura y los aspectos que intervienen en la***

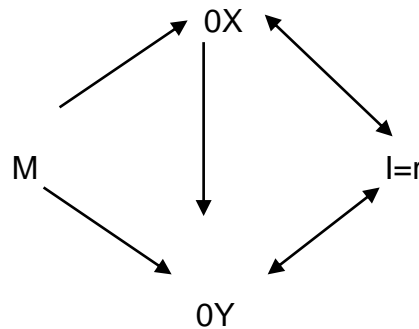
¹³⁵ CARRASCO DIAZ, Sergio: “Metodología de la Investigación Científica”, Editorial San Marcos. Lima. 2015. Pág.43.

dinámica de aquellos (...) está dirigida a responder a las causas de los eventos físicos o sociales y su interés se centra en explicar por qué y en qué condiciones ocurre un fenómeno o por qué dos o más variables se relacionan”.

3.2. DISEÑO Y ESQUEMA DE LA INVESTIGACIÓN:

El diseño de esta investigación es “no experimental” con un enfoque cualitativo.

El esquema de la presente investigación es el siguiente:



M: Muestra.

O: Indica las observaciones o mediciones obtenidas o realizadas en cada una de las variables.

X, Y: Representan las variables de investigación.

- a. **Descriptivo Comparativo.-** Porque se tuvo en consideración investigaciones descriptivas simples, se recolectó información relevante en varias muestras, luego caracterizamos en base a comparaciones.
- b. **Descriptiva y explicativo,** se utilizó también el diseño correlacional, para determinar el grado, y nivel de relación existente entre las dos variables, se hizo uso de técnicas estadísticas de análisis correlacional.

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA:

3.3.1. POBLACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

La población que abarca esta investigación, estuvo circunscrita a los operadores del derecho, representados por jueces, fiscales y abogados penalistas litigantes. Esta población nos ayudó a contrastar nuestra hipótesis sobre el tema de investigación relacionado con el delito de contaminación del ambiente, cuyo análisis e interpretación se desarrolló bajo la técnica de la investigación documental no experimental. Hablamos de una población total de 30 jueces; 100 fiscales y 150 abogados.

POBLACION DE ESTUDIO

OPERADORES DEL DERECHO	SUB TOTAL
JUECES	30
FISCALES	100
ABOGADOS	150
TOTAL	280

Fuente: Unidad de Estadística MPM
Elaboración: Propia

3.3.2. TAMAÑO DE LA MUESTRA.

Las muestras que manejaremos según los criterios metodológicos están conformados por el 10% de la población total que es el 100% de los operadores del derecho encuestados, es decir, en primer lugar de la población total de 30 Jueces que conforman el 100% tomamos como muestra el 10% que aritméticamente son 3 Jueces; en segundo lugar de la población total de 100 Fiscales que conforman el 100% tomamos como muestra el 10% que aritméticamente son 10 Fiscales y en tercer lugar de la población total de 150 abogados penalistas que

conforman el 100% tomamos como muestra el 10% que aritméticamente son 15 abogados penalistas. Haciendo un total 280 operadores del derecho que son el 100% de nuestra población, de los cuales aritméticamente el 10% del total, vendría a ser 28 operadores del derecho.

MUESTRA DE ESTUDIO

OPERADORES DEL DERECHO	SUB TOTAL
JUECES	3
FISCALES	10
ABOGADOS	15
TOTAL	28

Fuente: Unidad de Estadística MPM
Elaboración: Propia

3.3.3. TIPO DE MUESTREO.

El tipo caracterizado por ser no probabilístico, pero si por estrato tal cual se muestra en los cuadros anteriores respectivamente de población y muestra.

3.4. DEFINICIÓN OPERATIVA DEL INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE

DATOS: La recolección de los datos en el proceso de la investigación jurídico social es una de las etapas más delicadas. De ella va a depender los resultados que se obtenga en dicha investigación¹³⁶.

3.5. TÉCNICAS DE RECOJO, PROCESAMIENTO Y PRESENTACIÓN DE DATOS.

3.5.1. TECNICAS DE RECOJO DE DATOS:

Para la investigación se utilizó las siguientes técnicas:

a) **LA ENCUESTA.** Este instrumento se aplicó en función del problema planteado, la hipótesis y las variables identificadas, para lo cual previamente se formuló el cuestionario respectivo, siguiendo los criterios científicos a efectos de recoger minuciosamente esta información, para validar el presente trabajo de investigación.

b) **ANÁLISIS DE REGISTRO DOCUMENTAL,** esta técnica coadyuvó al conocimiento del objeto de la presente investigación y fue usada para obtener información doctrinaria y jurídica sobre el tema de investigación. Para ello se accedió a diversos libros especializados, así como se recurrió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, máxima instancia del Poder Judicial.

¹³⁶ CHÁVEZ DE PAZ, Dennis. "Conceptos y Técnicas de Recolección de Datos en la Investigación Jurídico Social. Extraído desde: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopena/articulos/a_20080521_56.pdf

3.5.2. PROCESAMIENTO DE DATOS:

Los datos fueron procesados en función a los indicadores, usando las técnicas de la estadística descriptiva e inferencial y la presentación del informe mediante gráficos, diagramas de barras y para la prueba de hipótesis se aplicó el coeficiente de correlación, de Pearson

3.5.3. TECNICA DE PRESENTACION DE DATOS:

Se usó la tabulación de los datos obtenidos y los mismos se representaron en cuadros, donde se consignó el análisis e interpretación de la información recabada en nuestro trabajo de investigación.

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1. ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN EL TRABAJO DE INVESTIGACION.

En este capítulo expondremos los resultados obtenidos a raíz del uso de las técnicas de recolección de datos.

Empleado el instrumento - encuesta en nuestro estudio, los mismos que han sido sistematizados en cuadros y gráficos que a continuación se presentan, sin antes señalar que nuestro cuestionario reprodujo el contenido literal del **Art. 304 del Código Penal¹³⁷**, cuyo contenido reza:

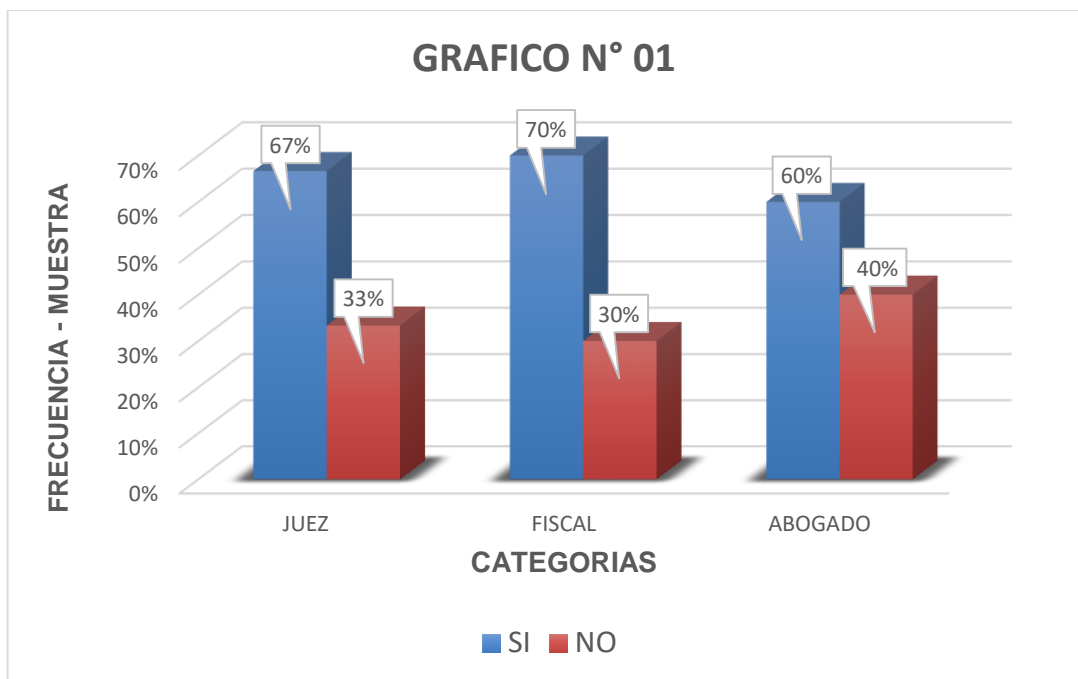
“El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, [...]”

¹³⁷ Código Penal Peruano de 1991, Decreto legislativo N° 635

CUADRO N° 1

Operadores de justicia	Teniendo en cuenta la redacción del artículo 304° del C.P. la misma que responde a una ley penal en blanco ¿Dicha redacción atenta el Principio de Legalidad?					
	SI		NO		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
JUEZ	2	67%	1	33%	3	10.7%
FISCAL	7	70%	3	30%	10	35.7%
ABOGADOS	9	60%	6	40%	15	53.6%
TOTAL	18	64.3%	10	35.7%	28	100%

FUENTE: Elaboración Propia - Muestra Encuestada



ANÁLISIS DE RESULTADOS

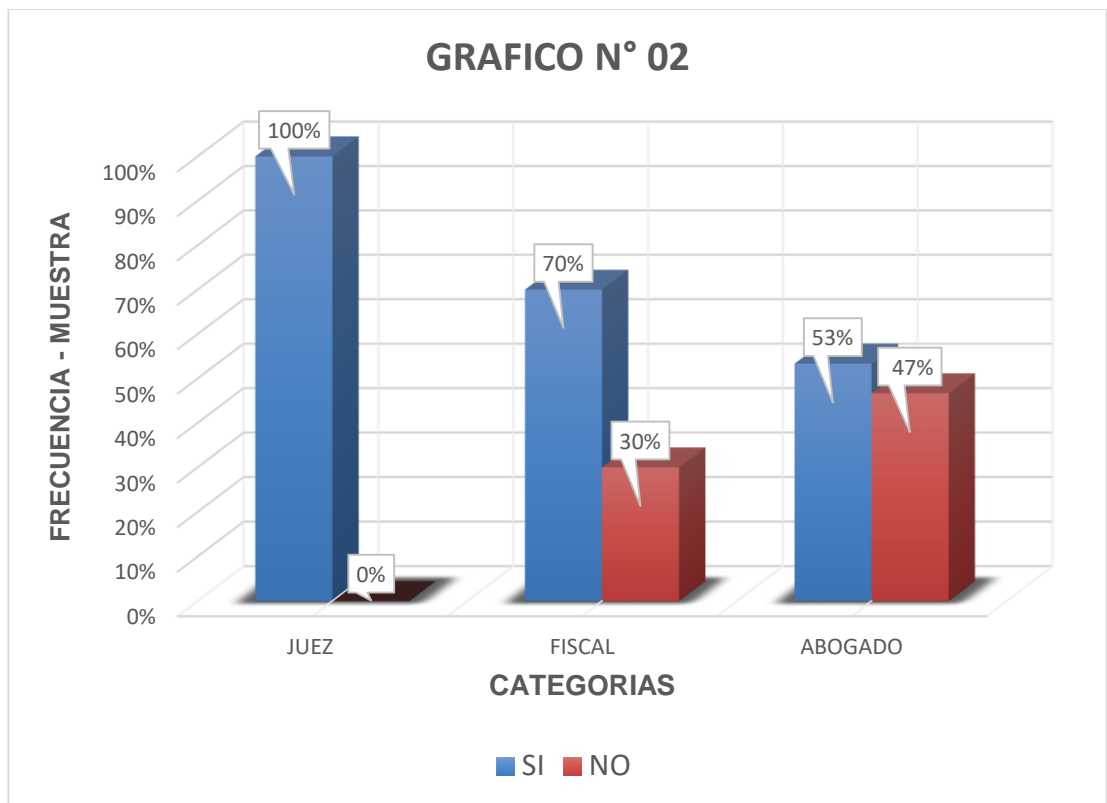
Respecto a la primera interrogante, los resultados no han sido homogéneos entre sí, en base a la población encuestada se obtuvo, que a nivel de Jueces el 67% respondieron de una manera positiva “SI” y el 33% restante en el rango de una manera negativa “NO” del total de Jueces encuestados. De forma similar en cuanto a los Fiscales el 70% respondieron de una manera positiva “SI” y el 30% restante en el rango de una manera negativa “NO” del total de Fiscales encuestados. Y por último a nivel de los Abogados el 60% respondieron de una manera positiva “SI” y el 40% restante en el rango de una manera negativa “NO” del total de Abogados encuestados.

De allí deducimos que el 67% de Jueces, 90% de Fiscales y el 73% de Abogados, afirman que la redacción del “Artículo 304 – Contaminación al Ambiente del Código Penal” es una ley penal en blanco la cual atenta al Principio de Legalidad, en virtud que esta tipificación es imprecisa, equivoca, dudable sin claridad, ante la imposibilidad de prever y dominar el espacio temporal de las consecuencias sobre la base de la técnica legislativa lo cual complica su aplicación, por ello se dice que debe contener una redacción de manera lógica, sencilla de encaje jurídico idóneo.

CUADRO N° 2

Operadores de justicia	El artículo citado, atenta al contenido del Principio de Legalidad en su fundamento de lex certa?					
	SI		NO		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
JUEZ	3	100%	0	0%	3	10.7%
FISCAL	7	70%	3	30%	10	35.7%
ABOGADOS	8	60%	7	40%	15	53.6%
TOTAL	18	64.3%	10	35.7%	28	100%

Fuente: Elaboración propia - Muestra encuestada.



ANÁLISIS DE RESULTADOS

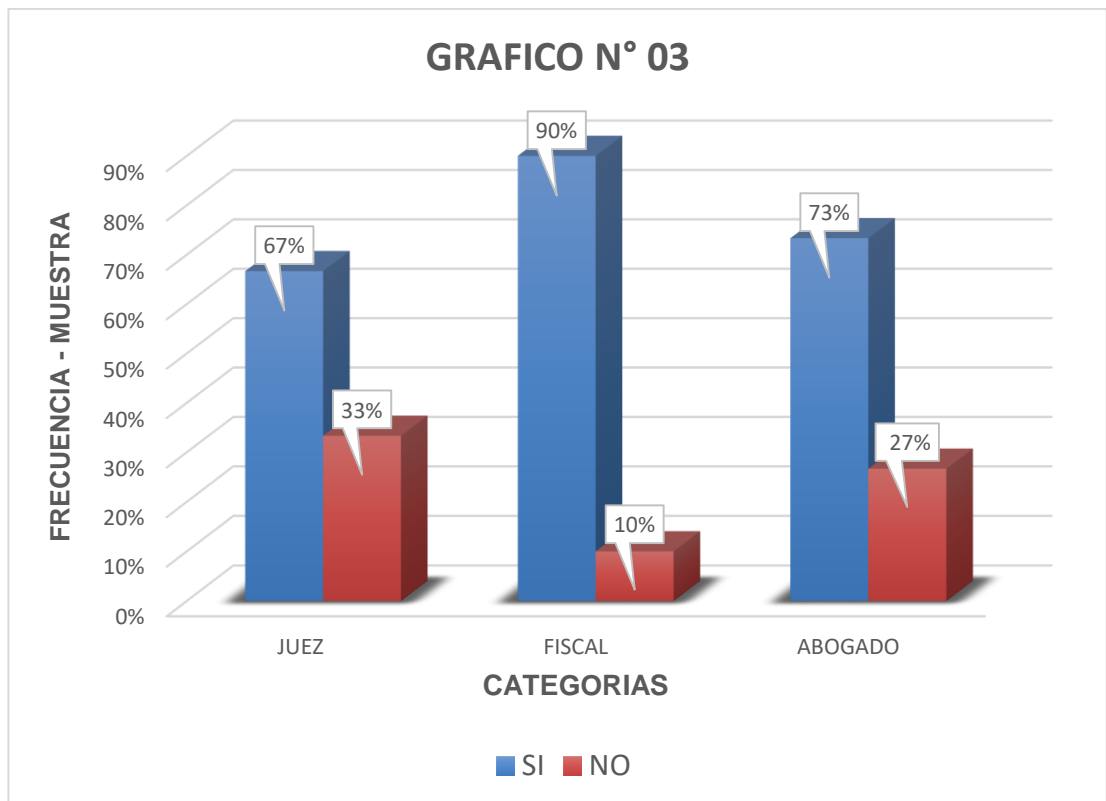
Respecto a la segunda interrogante, los resultados no han sido homogéneos entre sí, en base a la población encuestada se obtuvo, que a nivel de Jueces de manera unánime el 100% respondieron de una manera positiva "SI" del total de Jueces encuestados. De forma similar en cuanto a los Fiscales el 70% respondieron de una manera positiva "SI" y el 30% restante en el rango de una manera negativa "NO" del total de Fiscales encuestados. Y por último a nivel de los Abogados respondieron 53% respondieron de una manera positiva "SI" y el 47% restante en el rango de una manera negativa "NO" del total de Abogados encuestados.

Así este análisis el 100% de Jueces, 70% de Fiscales, 53% de Abogados concuerdan que el Principio de Legalidad en su fundamento de *Lex Certa*, prohíbe de crear delitos, faltas y penas mediante leyes indeterminadas, que se exterioriza básicamente en el "*nulum crimen, nulla poena sine lege certa*" en otras palabras el Estado tiene que dar leyes claras implícitamente en el texto que permitan y motiven al ciudadano a comportarse de acuerdo al Derecho, ya que de no ser así serían nulas e inconstitucionales; por lo tanto, queda excluido las clausulas generales.

CUADRO N° 3

Operadores de justicia	¿Dicha redacción debe responder a un Derecho Penal de Acto cuya conducta debe estar clara, precisa e inequívoca en la ley penal?					
	SI		NO		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
JUEZ	2	67%	1	33%	3	10.7%
FISCAL	9	90%	1	10%	10	35.7%
ABOGADOS	11	73%	4	27%	15	53.6%
TOTAL	22	78.6%	06	21.4%	28	100%

Fuente: Elaboración propia – muestra encuestada.



ANÁLISIS DE RESULTADOS

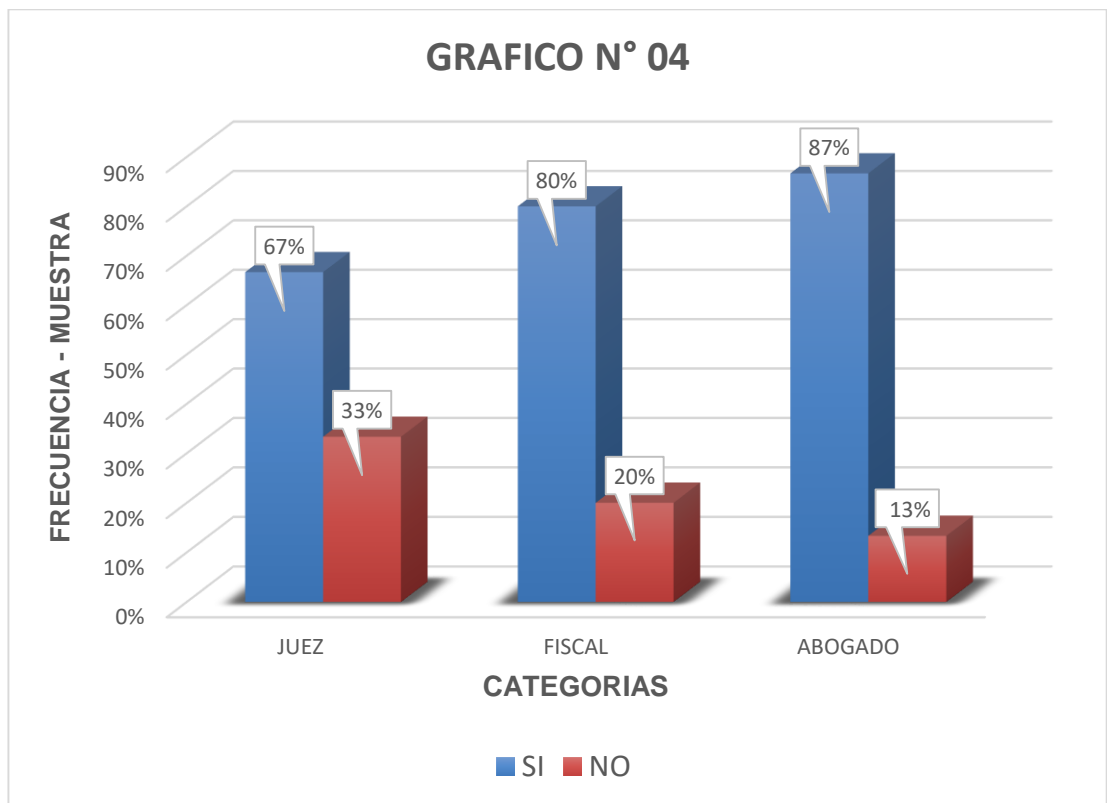
Respecto a la tercera interrogante, los resultados no han sido homogéneos entre sí, en base a la población encuestada se obtuvo, que a nivel de Jueces el 67% respondieron de una manera positiva "SI" y el 33% restante en el rango de una manera negativa "NO" del total de Jueces encuestados. De forma similar en cuanto a los Fiscales el 90% respondieron de una manera positiva "SI" y el 10% restante en el rango de una manera negativa "NO" del total de Fiscales encuestados. Y por último a nivel de los Abogados respondieron 73% respondieron de una manera positiva "SI" y el 27% restante en el rango de una manera negativa "NO" del total de Abogados encuestados.

A razón de ello decimos que el 67% de Jueces, 90% de Fiscales, 73% de Abogados; están de acuerdos que en un Derecho Penal de Acto la conducta debe estar clara, precisa e inequívoca en la ley penal, lo que nos da paso a un razonamiento afirmativo; esto es, se debe sancionar a un sujeto por lo que hizo y responde única y exclusivamente por su conducta.

CUADRO N° 4

Operadores de justicia	¿En el delito de Contaminación del ambiente al remitirse a la ley administrativa y disponer que se emita un informe técnico fundamentado, genera retraso y por ende puede generar impunidad?					
	SI		NO		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
JUEZ	2	67%	1	33%	3	10.7%
FISCAL	8	80%	2	20%	10	35.7%
ABOGADOS	13	87%	2	13%	15	53.6%
TOTAL	23	82.1%	05	17.9%	28	100%

Fuente: Elaboración propia – muestra encuestada.



ANÁLISIS DE RESULTADOS

Respecto a la cuarta interrogante, los resultados no han sido homogéneos entre sí, en base entre la población encuestada se obtuvo, que a nivel de Jueces el 67% respondieron de una manera positiva "SI" y el 33% restante en el rango de una manera negativa "NO" del total de Jueces encuestados. De forma similar en cuanto a los Fiscales el 80% respondieron de una manera positiva "SI" y el 20% restante en el rango de una manera negativa "NO" del total de Fiscales encuestados. Y por último a nivel de los Abogados respondieron 87% respondieron de una manera positiva "SI" y el 13% restante en el rango de una manera negativa "NO" del total de Abogados encuestados.

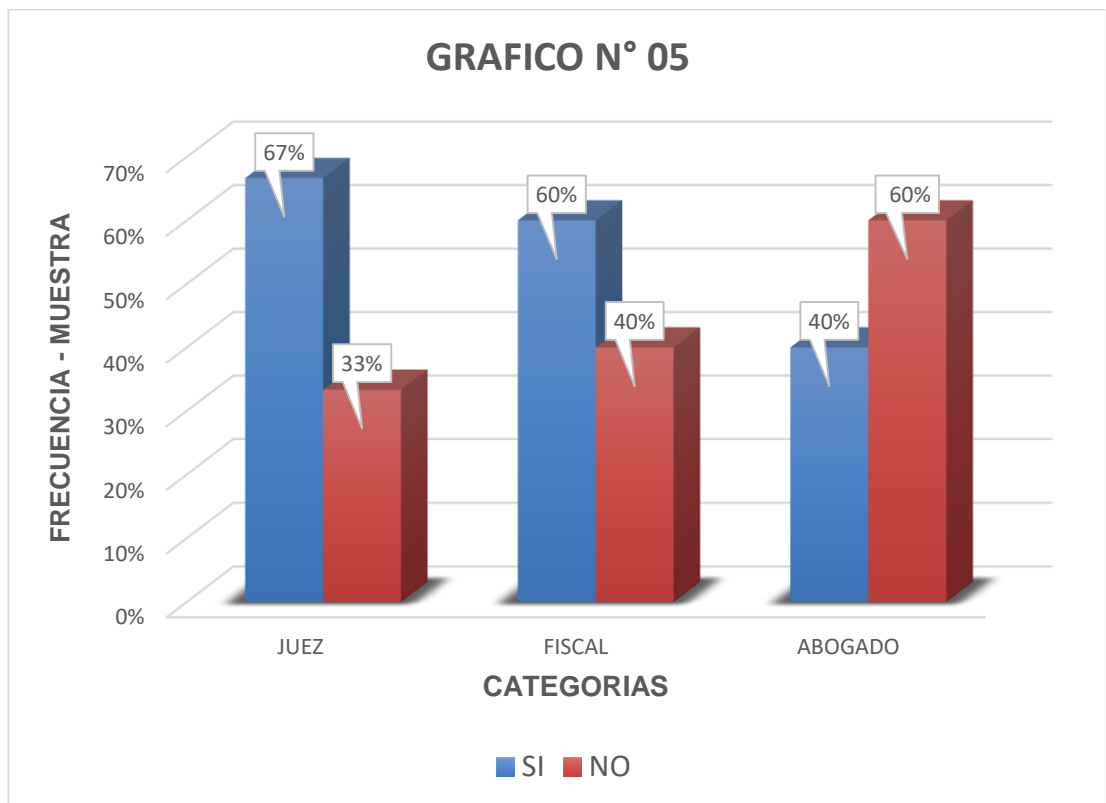
Empero interpretamos que el 67% de Jueces, el 80% de Fiscales y el 87% de Abogados; sus respuestas vienen a ser afirmativas en base que actualmente se advierte claramente que pese a saber y conocer la existencia de actos contaminantes que ponen en riesgo el bien jurídico tutelado, no existe investigaciones que tiendan a castigar esos ataques al medio ambiente, lo que a su vez tiene relación con el hecho de que en un Estado Constitucional de Derecho es imprescindible la aplicación del Principio de Legalidad en todos sus fundamentos; ya sea, político, axiológico y jurídico-penal.

CUADRO N° 5

Operadores de justicia	¿En un Estado Constitucional de Derecho, el Derecho Penal acto debe prescindir de los tipos penales en blanco?.					
	SI		NO		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
JUEZ	2	67%	1	33%	3	10.7%
FISCAL	6	60%	4	40%	10	35.7%
ABOGADOS	6	40%	9	60%	15	53.6%
TOTAL	14	50%	14	50%	28	100%

Fuente: Encuesta aplicada

Elaboración propia



Fuente: Encuesta aplicada

Elaboración propia

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Respecto a la quinta interrogante, los resultados no han sido homogéneos entre sí, en base entre la población encuestada se obtuvo, que a nivel de Jueces el 67% respondieron de una manera positiva "SI" y el 33% restante en el rango de una manera negativa "NO" del total de Jueces encuestados. De forma similar en cuanto a los Fiscales el 60% respondieron de una manera positiva "SI" y el 40% restante en el rango de una manera negativa "NO" del total de Fiscales encuestados. Y por último a nivel de los Abogados respondieron 40% respondieron de una manera positiva "SI" y el 60% restante en el rango de una manera negativa "NO" del total de Abogados encuestados.

Se deduce que esta pregunta tiene una discordante, empero que el 67% de Jueces, el 60% de Fiscales, están de acuerdos que se debe renunciar o prescindir de tipos penales en blanco en un Derecho Penal Acto y pero el 90% de Abogados están en desacuerdo los cuales señalan que son imprescindibles los tipos penales en blanco.

CUADRO N° 06

SISTEMA PENAL PERUANO

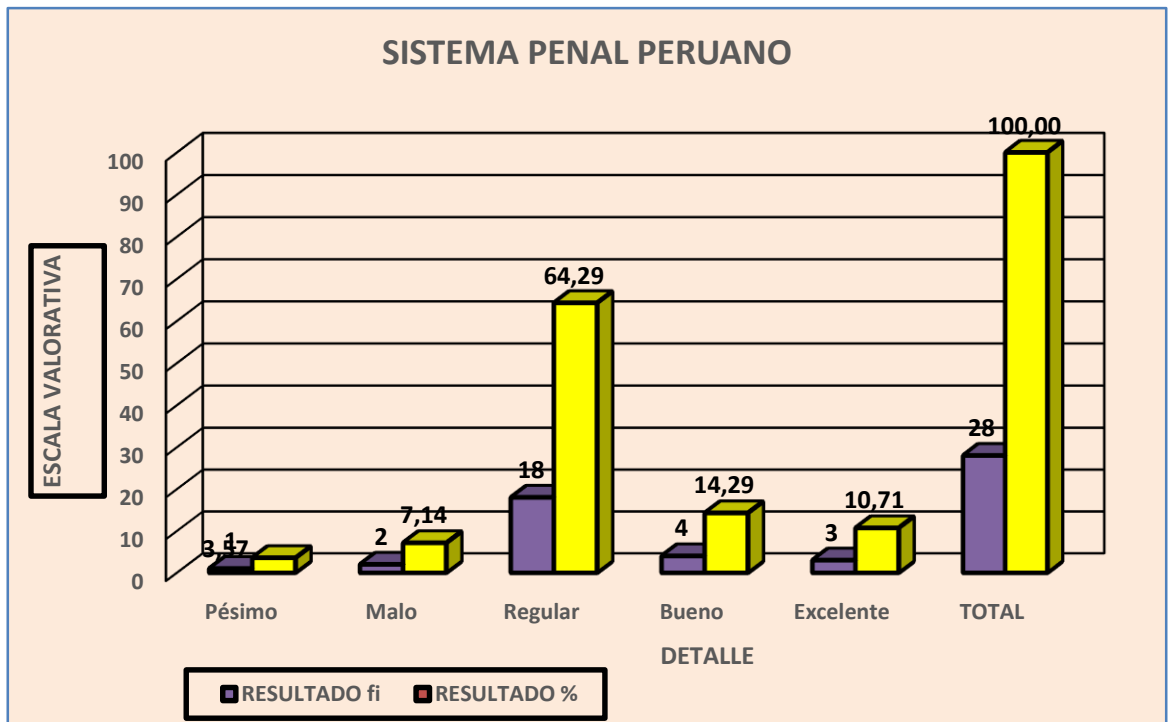
¿Cómo evalúa usted, en términos generales, la eficacia del sistema penal peruano, para sancionar el delito de Contaminación del ambiente?

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		Fi	%
1	Pésimo	1	3.57
2	Malo	1	3.57
3	Regular	16	57.14
4	Bueno	6	21.43
5	Excelente	4	14.29
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Encuesta aplicada

Elaboración propia

GRAFICO N° 06



Fuente: Resultados de aplicación de encuestas

Elaboración: Propia.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Es preciso indicar que en cuanto a esta interrogante se refiere, los operadores de justicia evalúan en un 57% de manera regular la eficacia del sistema penal peruano para tipificar el delito de contaminación del ambiente, aunado a ello que también lo calificaron como malo y pésimo en un 3% cada uno, respectivamente, haciendo un total de 63%. En contraposición a ello, la calificación de bueno (21%) y excelente (16%) resultan porcentualmente inferiores a la evaluación de ineficacia del sistema penal peruano para tipificar el delito de contaminación del ambiente.

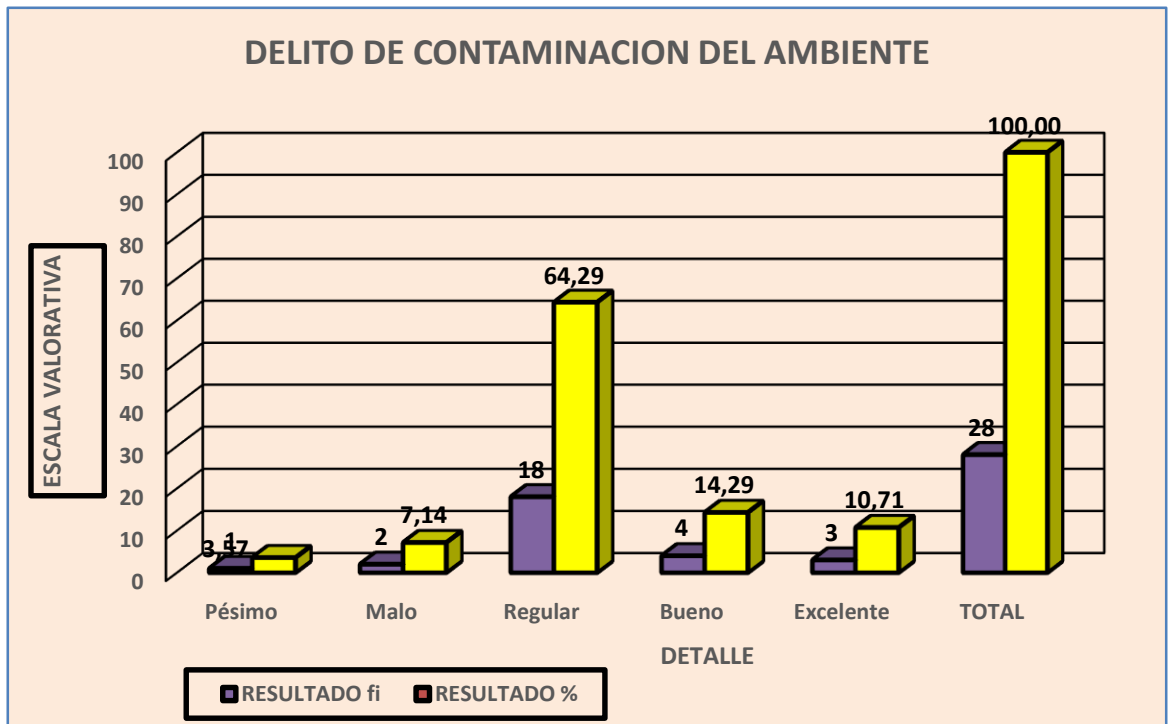
CUADRO N°07

DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE

¿Cómo evalúa usted, en términos generales, las técnicas de tipificación usada en el delito de Contaminación del ambiente?

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		fi	%
1	Pésimo	1	3.57
2	Malo	2	7.14
3	Regular	18	64.29
4	Bueno	4	14.29
5	Excelente	3	10.71
	TOTAL	28	100.00

GRAFICO N°07



Fuente: Resultados de aplicación de encuestas

Elaboración: Propia.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

En esta pregunta, la respuesta de los operadores de justicia ha sido evaluar las técnicas de tipificación que se usan en el delito de contaminación del ambiente de regular a pésimo. En efecto, se advierte un abrumador 74% con esa evaluación contra un 26% que lo califica de bueno y excelente.

CUADRO N° 08

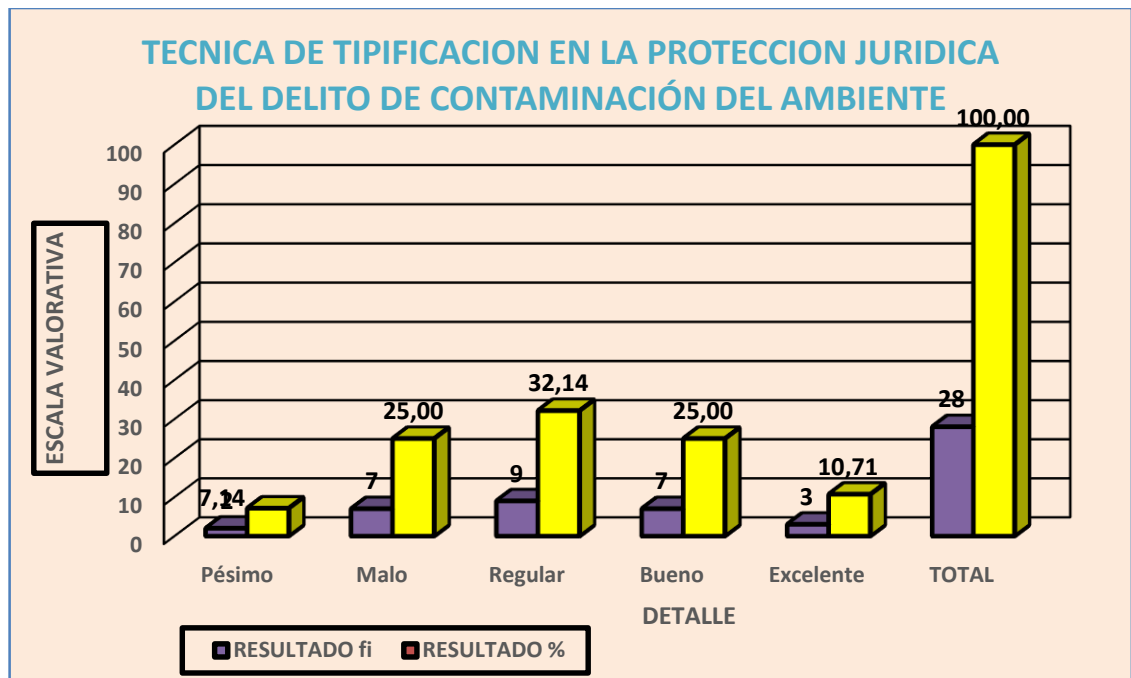
¿Cómo califica usted la técnica de tipificación en la protección jurídica del delito de Contaminación del ambiente?

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		Fi	%
1	Pésimo	2	7.14
2	Malo	7	25.00
3	Regular	9	32.14
4	Bueno	7	25.00
5	Excelente	3	10.71
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Cuestionario Aplicado

Elaboración: Propia

GRAFICO N° 08



Fuente: Resultados de Aplicación de Encuestas

Elaboración: Propia.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

La respuesta de los operadores de justicia, en torno a la calificación de las técnicas de tipificación en la protección jurídica del delito de Contaminación del ambiente, tiende a ubicarse de regular a pésimo, siendo que 18 operadores de justicia los que hacen un total de 64.28% otorgan una calificación negativa a las técnicas de tipificación usadas por el legislador peruano en el delito de Contaminación del ambiente. En tanto que sólo 10 operadores de justicia, que hacen un total de 35.71%, lo califican de manera positiva. Entonces, resulta ampliamente mayoritaria la calificación negativa dada por los operadores de justicia.

CUADRO N° 09

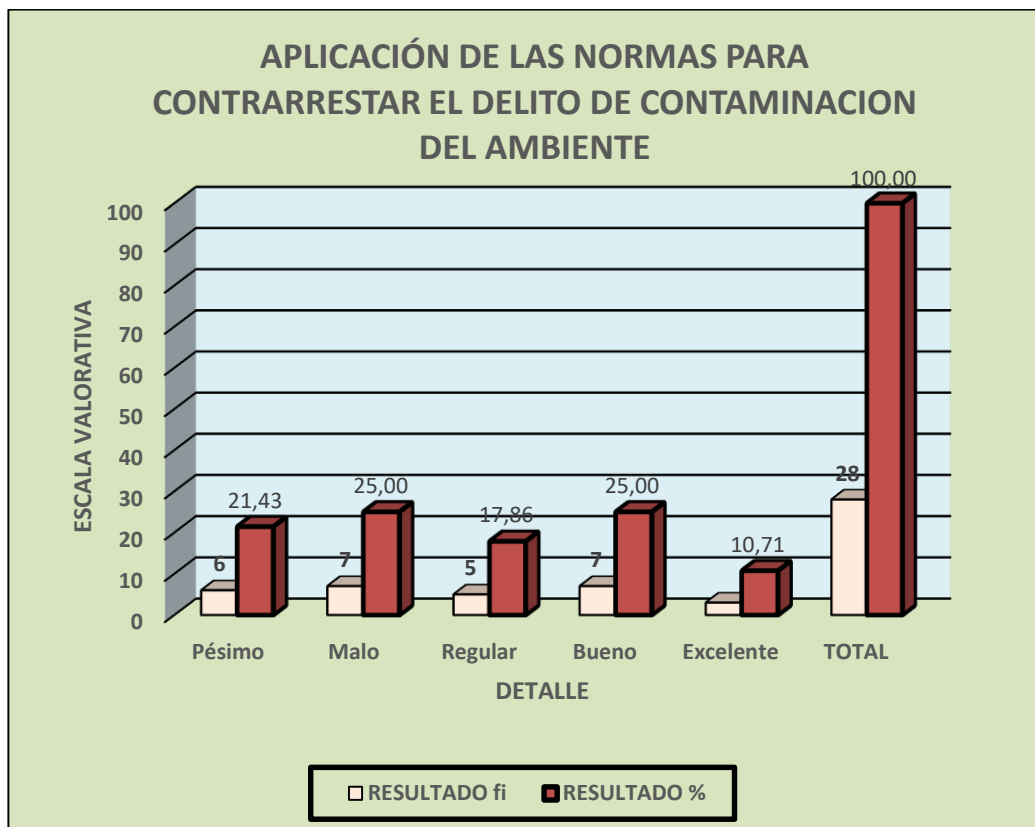
¿Cómo evalúa usted la aplicación de las normas para contrarrestar el delito de contaminación del ambiente?

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		Fi	%
1	Pésimo	6	21.43
2	Malo	7	25.00
3	Regular	5	17.86
4	Bueno	7	25.00
5	Excelente	3	10.71
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Cuestionario Aplicado

Elaboración: Propia

GRAFICO N° 09



Fuente: Resultados de Aplicación de Encuestas

Elaboración: Propia.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

En cuanto a esta pregunta se refiere, nuevamente advertimos que los operadores de justicia califican negativamente las normas usadas para contrarrestar el delito de Contaminación del ambiente. Así, advertimos que de regular (17.86%), malo (25%) y pésimo (21.43%) resultan ser las evaluaciones con mayor puntaje, haciendo un total de 64.29%. En tanto que la calificación positiva es minoritaria. Así, la calificación de bueno (25%) y de excelente (10.71%) hacen un total de 35.71%.

CUADRO N° 10

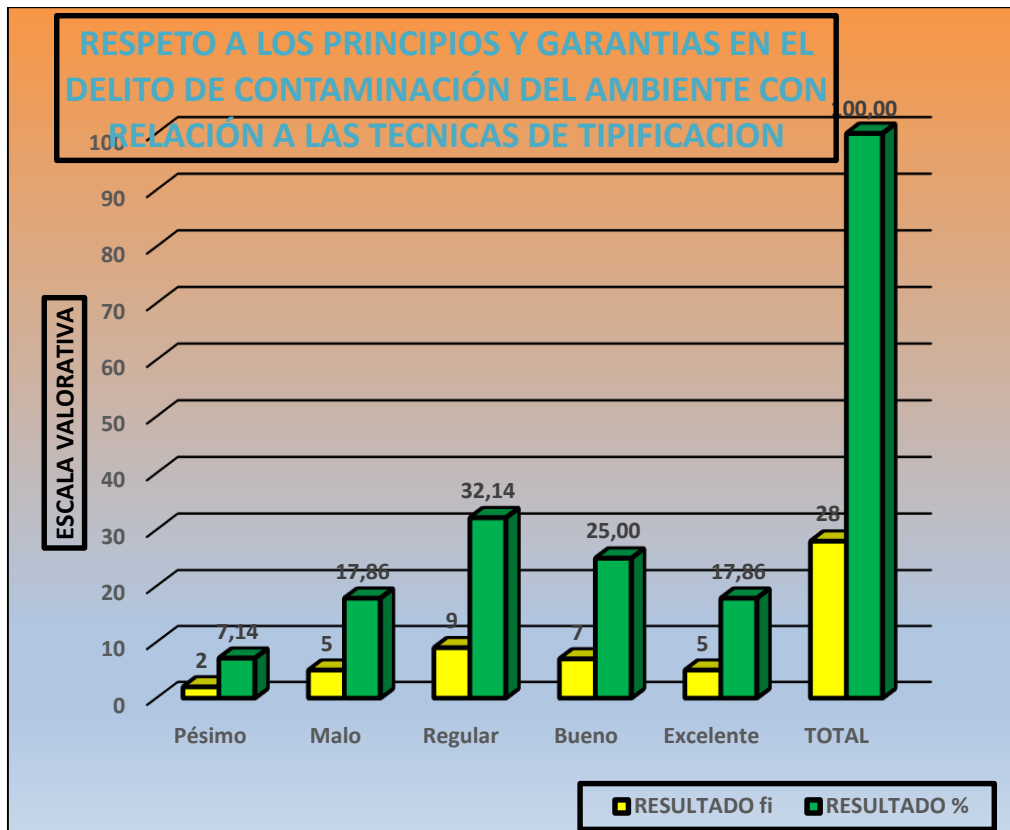
¿Cómo califica usted el respeto a los principios y garantías en el delito de Contaminación del ambiente con relación a las técnicas de tipificación?

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		Fi	%
1	Pésimo	2	7.14
2	Malo	5	17.86
3	Regular	9	32.14
4	Bueno	7	25.00
5	Excelente	5	17.86
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Cuestionario Aplicado

Elaboración: Propia

GRAFICO N° 10



Fuente: Resultados de Aplicación de Encuestas

Elaboración: Propia.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Los operadores de justicia, en cuanto a esta pregunta se refiere, califican de manera negativa el respeto a los principios y garantías en el delito de Contaminación del ambiente. En efecto, nótese que la calificación mayoritaria se centra en los ítems regular (32.14%), malo (17.86%) y pésimo (7.14%), haciendo un total de 57.14%. En contraposición a ello, se tiene una opinión minoritaria, pues la calificación de bueno (25%) y excelente (17.86%) hacen un total de 42.86%.

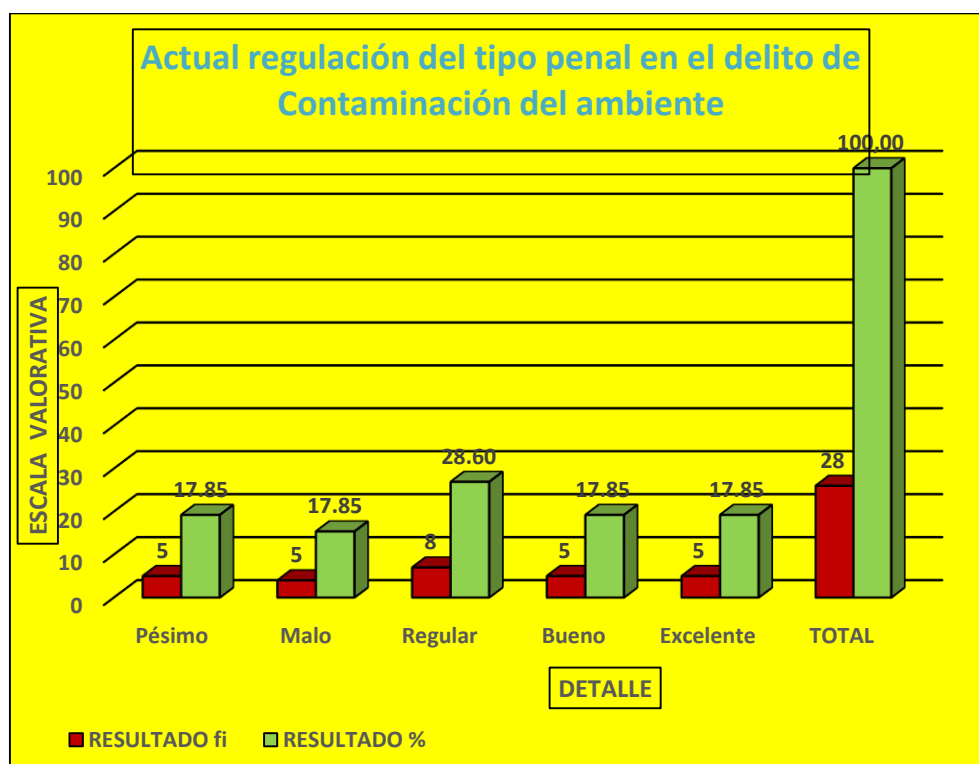
CUADRO N° 11

¿Cómo califica la actual regulación del tipo penal del delito de Contaminación del ambiente?

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		fi	%
1	Pésimo	5	17.85
2	Malo	5	17.85
3	Regular	8	28.60
4	Bueno	5	17.85
5	Excelente	5	17.85
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Cuestionario Aplicado
Elaboración: Propia

GRAFICO N° 11



Fuente: Resultados de Aplicación de Encuestas
Elaboración: Propia.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Esta interrogante ha arrojado resultados iguales, si partimos desde la calificación de regular que los operadores de justicia han evaluado. Así, tenemos que la calificación de pésimo (17.85%), malo (17.85%) y regular (28.60%), resultan ser idénticos a la calificación de bueno (17.85%) y excelente (17.85%).

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.

En primer lugar: De la investigación realizada, hemos podido afirmar nuestras hipótesis planteadas en torno al problema de investigación. En efecto, si nos referimos a la hipótesis general tenemos que la ineficacia del sistema penal peruano en la tipificación del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304º del Código Penal, se evidencia claramente porque el legislador penal al hacer uso de la técnica de la ley penal en blanco, no ha realizado una tipificación correcta del delito en referencia, pues no ha respetado sus postulados dogmáticos; situación que hace que nos encontremos ante una “crisis” del derecho penal liberal, en cuanto a la regulación de los delitos ambientales, en concreto, al delito de Contaminación del ambiente; aspecto que origina la necesidad de articular un modelo penal, basado en el respeto de los postulados dogmático penales, capaz de responder con eficacia a los requerimientos político criminales de estos tiempos¹³⁸, esto es, que exista una armonización entre los postulados académicos del Principio de Legalidad vinculado a la Ley Penal en Blanco en la redacción del tipo penal del delito de Contaminación del ambiente, pues de lo contrario estaríamos fortaleciendo una indeseada función simbólica negativa o de engaño en la represión del delito en referencia, cuando se sabe que por sí misma no surte efectos en la lógica de subsunción¹³⁹.

Esta afirmación se sustenta con los resultados de las encuestas practicadas, donde los operadores de justicia, han respondido con una amplia mayoría,

¹³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (1999). La expansión del Derecho penal. Madrid, Tecnos, pp. 118 y ss.

¹³⁹ Ídem.

que la actual regulación del delito de Contaminación del ambiente, no resulta eficaz para contrarrestar la actual situación de actos delictivos contaminantes que se presentan en la realidad.

En segundo lugar: Si tenemos en cuenta el primer objetivo específico, advertimos también que logramos cumplirlo. Así, de la encuesta practicada a los operadores de justicia (jueces y fiscales), tenemos que éstos han indicado que en un Estado Constitucional de Derecho, el Derecho Penal de Acto debe prescindir de los tipos penales en blanco, en tanto que los abogados, mayoritariamente han sostenido lo contrario. Sobre el particular, debemos indicar que aún antes de los riesgos que entrañan las leyes penales en blanco para el Principio de Legalidad, ésta podría ser utilizada legítimamente si los tipos penales en blanco imponen limitaciones a la posibilidad de integración del blanco penal. Restricciones estas que se manifiestan a través de la precisa descripción del comportamiento conminado penalmente y la valoración de la existencia de razones técnicas y político criminales muy precisas y evidentes, que conlleve a la inexcusable utilización de la técnica. En este contexto se requieren para la legitimación de la utilización de la técnica de ley penal en blanco que el “núcleo esencial de la prohibición” quede determinado en la norma penal, y que la norma de destino de rango inferior sólo sea encargada de determinar aspectos complementarios o secundarios del tipo penal en blanco. Se requiere que el tipo penal contenga el desvalor de resultado, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, para impedir que las conductas delictivas se configuren como delitos de mera desobediencia. Ésta debe ser usada en razón a que el tipo penal no contiene ciertos conceptos técnicos, que para

su precisión se encuentran contenidos en leyes administrativas. Es más, el Tribunal Constitucional español, en un fallo pronunciado en las SS 127/1990, del cinco de julio de 1990 y 62/1994, recogiendo la estructura típica del antiguo 347 bis, admite la constitucionalidad de la ley penal en blanco, siempre que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, comprenda el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza, debiéndose dar la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede adecuadamente precisa. Entonces, con este antecedente, es perfectamente que un delito con una técnica de tipificación basada en la ley penal blanco, pueda hacer eficiente la regulación penal del delito de Contaminación del ambiente.

En tercer lugar: Si tenemos en cuenta nuestro segundo objetivo específico, podemos afirmar que el delito de Contaminación del ambiente, al hacer uso de la ley penal en blanco, entra en colisión clara con el mandato de certeza del Principio de Legalidad, pues el delito en mención, delega a la norma extra penal el establecimiento de uno de los elementos del tipo de injusto, al considerar que la infracción de la normativa administrativa es merecedora de sanción penal y no precisamente la lesión o puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente. Este es un aspecto ampliamente aceptado en la doctrina penal, pues actualmente no existe un límite claro entre lo que resulta ser un ilícito penal o un ilícito administrativo; situación que hace que nuestro sistema penal en materia ambiental, se adscriba a una “*administrativización del Derecho Pena*” (Modelo absolutamente dependiente de los actos o normas administrativas en la protección del ambiente), esto es, la

circunstancia evidente que se está puniendo meras desobediencias administrativas, puesto que la transgresión de los preceptos legales o la inexistencia de autorizaciones administrativas se convierten en la *conditio sine qua non* para la configuración del delito contra el medio ambiente. En efecto, lo dicho también resulta evidente con la jurisprudencia nacional donde la Corte Suprema de Justicia, tal es el caso de la Casación N° 383-2012 LA LIBERTAD, donde la Corte Suprema de Justicia, máxima instancia del Poder Judicial, afirma que el delito de Contaminación del ambiente, al ser un tipo penal en blanco, el legislador condiciona la tipicidad penal de la conducta a una desobediencia administrativa. Obviamente, que el problema de nuestro sistema penal peruano, en cuanto a este extremo se refiere, yace en una extrema dependencia del Derecho Penal al Derecho Administrativo, situación que hace que esta accesoriedad convierta el bien jurídico que protegen los delitos ambientales en el “interés de la administración en una regulación del uso ambiental”.

Ahora bien, de nuestra investigación teórica, así como del análisis de la jurisprudencia encontrada, que aborda los delitos ambientales en general, podemos citar dos casaciones más: Casación 389-2014 SAN MARTIN y la Casación N° 74-2014 AMAZONAS, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, nuevamente se refiere a la inexistencia de las autorizaciones administrativas como presupuesto *sine qua non* para la configuración del delito; lo que nuevamente reafirma nuestra posición consistente en que la vulneración del Principio de Legalidad en nuestro sistema penal resulta evidente, habida cuenta que lo único que estamos reprimiendo penalmente son las meras desobediencias

administrativas y no el bien jurídico protegido de medio ambiente. Este posicionamiento dogmático, también viene a ser sustentado con el resultado de las encuestas practicadas pues los operadores de justicia han calificado mayoritariamente que la redacción del tipo penal del delito de Contaminación del ambiente, no respetan principios y garantías constitucionales, pues la técnica de tipificación de Ley Penal en blanco se encuentra erróneamente empleado.

En cuarto lugar: Advertimos que el informe exige que la autoridad ambiental, analice la base legal aplicable al caso e identifique las obligaciones ambientales de los administrados involucrados contenidos en diversos cuerpos legales, exponga la labor de fiscalización ambiental que hizo y de ser el caso los informes presentados por los administrados y finalmente emita una conclusión. Si analizamos estas exigencias, claramente advertimos que lo que se está pidiendo a la autoridad ambiental al momento de emitir su informe técnico fundamentado, es que analice la conducta efectuada por los administrados sobre la observancia de las leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental, y además analice las acciones o reportes presentados por dichos administrados, en mérito a la labor de fiscalización ambiental que les corresponde. Dicha circunstancia lleva aparejada indudablemente que la autoridad ambiental, al analizar las leyes incumplidas por el administrado, debe pronunciarse también por el daño ambiental, pues de no ser así, no tendría sentido la emisión del informe fundamentado, pues si sólo sería pasible de que se indique en el documento que determinada ley, reglamento o instrumento de gestión ambiental fue vulnerado por el administrado, dicho informe carecería de contenido, pues

muy bien el fiscal a cargo del caso podría solamente pedir a la autoridad administrativa, sin la mayor exigencia de un informe, que le indique la normatividad que habría violentado el administrado y a partir de ello verificar si de acuerdo a los hechos, efectivamente se concretó dicha vulneración pero con el añadido de que se haya determinado un daño al ambiente, en los términos que exige el tipo penal, mas no así dejar en manos de la autoridad ambiental la determinación de ese daño ambiental, que si bien puede estar indicado en el tipo penal, pero la realidad nos demuestra que ello es completado por la autoridad administrativa de manera esencial y no complementaria. Lo cierto es que la facultad de determinar el daño ambiental, otorgado a la autoridad ambiental sigue vigente, aunque de manera solapada con la dación de este Decreto Supremo, y ello indudablemente abre un claro cuestionamiento sobre el respeto al Principio de Legalidad del tipo penal de contaminación, pues deja en manos de la autoridad administrativa ambiental, que defina un aspecto importante y trascendental, cual es el daño ambiental producido por la actividad riesgosa del administrado, cuando de acuerdo a las bases dogmáticas de la ley penal en blanco, usada como técnica legislativa en el delito en mención, la remisión a la ley administrativa sólo debe ser complementaria y no esencial. En este caso, advertimos que es esencial, pues de acuerdo a su calificación (aunque se dice que no es vinculante), se definirá el proceso penal que se sigue y será la autoridad ambiental, quien en definitiva establecerá si el hecho es delito o no, cuando esa labor es reservada para el Juez, luego de la actividad probatoria.

Por otro lado, advertimos una clara inconsistencia entre lo que dispone el Decreto Supremo N° 009-2013-MINAM y el tipo penal del delito de Contaminación del ambiente previsto en el artículo 304° del Código Penal. En efecto, nótese que el literal d) del reglamento en mención, se refiere a que la autoridad ambiental en el informe que emita, deberá identificar las obligaciones ambientales que se encuentren contenidas en “**...leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental...**”; sin embargo, si tenemos en cuenta la redacción del tipo penal del delito mencionado, se advierte que éste alude al accionar del sujeto activo que infringiendo “**...leyes, reglamentos o límites máximos permisibles...**”, entonces tenemos que es el Reglamento del Art. 149°.1 de la Ley General del Ambiente, quien estaría incluyendo un supuesto que no se encuentra contemplado en el tipo penal, cual es el Estándar de Calidad Ambiental, pues los instrumentos de Gestión Ambiental están compuestos por los Límites Máximos Permisibles y los Estándares de Calidad Ambiental, siendo que el tipo penal de Contaminación del ambiente sólo hace alusión a los límites máximos permisibles y no a los estándares de calidad ambiental, ello porque la finalidad de este instrumento es fijar metas que representan el nivel a partir del cual se puede afectar significativamente el ambiente y la salud humana, usadas para establecer políticas ambientales públicas, en tanto que los límites máximos permisibles establecen un límite aplicable a las emisiones, efluentes o descargas al ambiente individualizando los límites por actividad productiva, habida cuenta que por estas emisiones se puede afectar el aire, el agua o el suelo.

Finalmente debemos indicar que los antecedentes del presente trabajo, han tenido una óptica más genérica de estudio, esto es, que si tenemos en cuenta la tesis de **Natalia Beatriz Gonzales Osorio** presentado en la Universidad Autónoma de Baja California Sur, advertimos que su enfoque se refirió al origen de la protección del medio ambiente, lo que originó que se emitan normas para la protección del mismo y se creen organismos encargados de su vigilancia y aplicación, todo ello, por la influencia que se tuvo de las experiencias a nivel internacional. Aspecto que no aborda nuestra tesis.

Del mismo modo, la tesis de **Hugo Armando Granja Arce**, presentado en la Universidad del Rosario, tiene un enfoque sobre el Derecho a la información que tienen los ciudadanos para la toma de decisiones del poder público en la formulación de todas las acciones necesarias para la regulación y control social del riesgo con la finalidad de proteger el medio ambiente. Se invoca también en esta tesis el derecho a la participación ciudadana en materia ambiental, tales como consulta previa. Aspecto que no aborda nuestra tesis.

Asimismo, la tesis de **María Elena Katherina Pacheco Vargas**, se centra en promover la conciencia ecológica en el Perú, dado que su impulso implicaría formar una red de presión pública capaz de obligar a todos los actores involucrados en otorgar a la variable ambiental la prioridad que requiere. Aspecto que no aborda nuestra tesis.

5.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS

A. DE LA HIPOTESIS GENERAL:

La ineficacia Legislativa del Sistema Penal Peruano incide en la Tipificación del Delito de Contaminación ambiental.

- **Variable independiente(X):** Sistema Penal Peruano
- **Variable dependiente (Y):** Delito de Contaminación del Ambiente

Para la prueba de hipótesis se ha formulado preguntas muy intencionadas a los operadores de justicia con el objeto de calificar las variables principales de la investigación, se ha considerado el análisis de los cuadros 06 y 07 respectivamente, lo cual tuvo los siguientes resultados:

CUADRO N° 06

SISTEMA PENAL PERUANO

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		Fi	%
1	Pésimo	1	3.57
2	Malo	1	3.57
3	Regular	16	57.14
4	Bueno	6	21.43
5	Excelente	4	14.29
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Encuesta aplicada

Elaboración propia

CUADRO N°07

DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		fi	%
1	Pésimo	1	3.57
2	Malo	2	7.14
3	Regular	18	64.29
4	Bueno	4	14.29
5	Excelente	3	10.71
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Encuesta aplicada

Elaboración propia

Hipótesis Estadísticas:

$H_0 = X^2 \geq X^2 \text{ crítico}$

$H_a = X^2 < X^2 \text{ crítico}$

Prueba estadística: Dado que las variables son cualitativas se utilizó X^2 .

Nivel de significación: $\alpha = 0,05$

Grados de libertad: cuatro.

Valor crítico: 9,488

Región de rechazo: todos los valores X^2 calculados iguales o mayores que el valor crítico.

Cálculo de la Prueba:

Para ello se han efectuado los resúmenes de las estimaciones vertidas en cada uno de los reactivos expuestos, sobre la ineficacia Legislativa del Sistema Penal Peruano incide en la Tipificación del Delito de Contaminación ambiental.

Tomando en cuenta los cuadros N° 06 y 07 de los resultados se tiene:

DISTRIBUCION JI CUADRADO χ^2

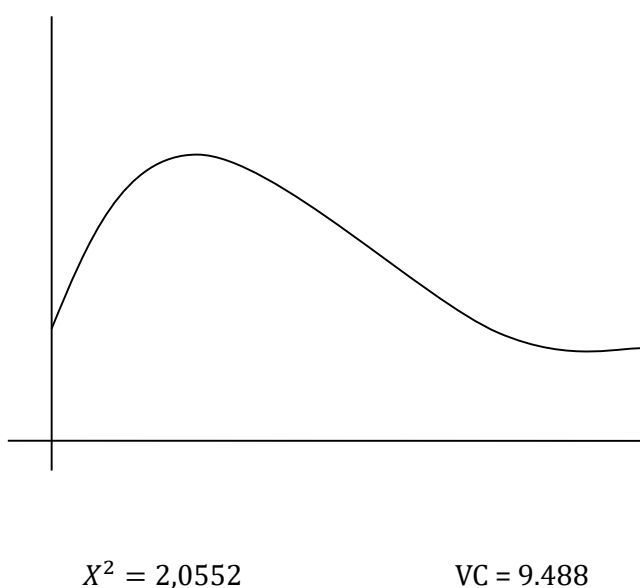
CALCULO DE DISTRIBUCION DE JI CUADRADO					
Escala Valorativa	(X) Sistema Penal Peruano	(Y) Contaminación del Ambiente	Fo-Fa	(Fo-Fa) ²	(Fo-Fa)/Fa
Pésima	1	1	0	0	0
Mala	1	2	-1	1	0.50
Regular	16	18	-2	4	0.2222
Buena	6	4	2	4	1
Excelente	4	3	1	1	0.333
TOTAL	28	28	0	10	2,0552

Comparación: 2,0552 son inferiores a 9,488.

Conclusión: Dado que los valores calculados son inferiores al valor crítico de la prueba se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis alternativa. Es verdad que las diferencias son significativas y que las estimaciones sobre la ineficacia Legislativa del Sistema Penal Peruano incide en la Tipificación del Delito de Contaminación ambiental y tienen una orientación hacia las categorías

superiores de la escala de medición. De tal manera que 2,0552 son inferiores a 9,488. Pero tienen una orientación hacia las categorías superiores de la escala de medición.

Estas afirmaciones quedan respaldadas con las correspondientes pruebas estadísticas X^2 las cuales han sido examinadas a la probabilidad alfa = 0,05.



B. DE LAS HIPOTESIS ESPECIFICAS**HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 01**

1. La ineficacia legislativa se debe a la aplicación errada de la técnica de tipificación usada en la protección del bien jurídico tutelado y en la persecución del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal.

Tomando en cuenta los resultados de los cuadros N° 08 y 09 con las mismas características.

CUADRO N° 08**TÉCNICAS DE TIPIFICACION EN LA PROTECCION JURIDICA DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE**

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		Fi	%
1	Pésimo	2	7.14
2	Malo	7	25.00
3	Regular	9	32.14
4	Bueno	7	25.00
5	Excelente	3	10.71
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Cuestionario Aplicado
Elaboración: Propia

CUADRO N° 09**APLICACIÓN DE LAS NORMAS PARA CONTRARRESTAR EL DELITO DE CONTAMINACION AMBIENTAL**

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		Fi	%
1	Pésimo	6	21.43
2	Malo	7	25.00
3	Regular	5	17.86
4	Bueno	7	25.00
5	Excelente	3	10.71
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Cuestionario Aplicado
Elaboración: Propia

Hipótesis Estadísticas:

$$H_0 = X^2 \geq X^2 \text{ crítico}$$

$$H_a = X^2 < X^2 \text{ crítico}$$

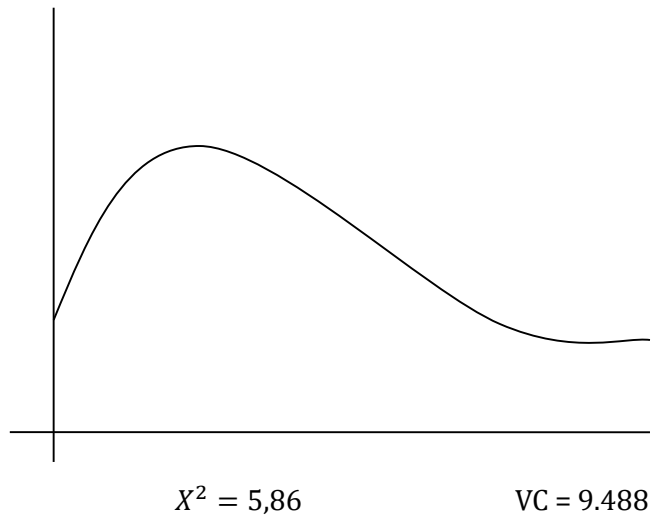
DISTRIBUCION JI CUADRADO X^2

CALCULO DE DISTRIBUCION DE JI CUADRADO					
Escala Valorativa	(X) TECNICA DE TIPIFICACION EN LA PROTECCION JURIDICA	(Y) DELITO DE CONTAMINACION AMBIENTAL	Fo-Fa	(Fo-Fa) ²	(Fo-Fa)/Fa
Pésima	2	6	-4	16	2,66
Mala	7	7	0	0	0
Regular	9	5	4	16	3.20
Buena	7	7	0	0	0
Excelente	3	3	0	0	0
TOTAL	28	28	0	32	5,86

Comparación: 5,86 son inferiores a 9,488.

Conclusión: Dado que los valores calculados son inferiores al valor crítico de la prueba se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis alternativa. Es verdad que las diferencias son significativas y que la estimación sobre la ineficacia legislativa se debe a la aplicación errada de la técnica de tipificación usada en la protección del bien jurídico tutelado y en la persecución del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal y tienen una orientación hacia las categorías superiores de la escala de medición, de 5.86.

Estas afirmaciones quedan respaldadas con las correspondientes pruebas estadísticas X^2 las cuales han sido examinadas a la probabilidad alfa = 0,05.



HIPÓTESIS ESPECÍFICA Nº 02

2. Existen Principios y Garantías que se vulneran con la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal.

Tomando en cuenta los resultados de los cuadros Nº 08 y 10

CUADRO Nº 08

TÉCNICAS DE TIPIFICACION EN LA PROTECCION JURIDICA DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		Fi	%
1	Pésimo	2	7.14
2	Malo	7	25.00
3	Regular	9	32.14
4	Bueno	7	25.00
5	Excelente	3	10.71
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Cuestionario Aplicado
Elaboración: Propia

CUADRO Nº 10

RESPETO A LOS PRINCIPIOS Y GARANTIAS EN EL DELIETO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE CON RELACIÓN A LAS TECNICAS DE TIPIFICACION

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		Fi	%
1	Pésimo	2	7.14
2	Malo	5	17.86
3	Regular	9	32.14
4	Bueno	7	25.00
5	Excelente	5	17.86
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Cuestionario Aplicado
Elaboración: Propia

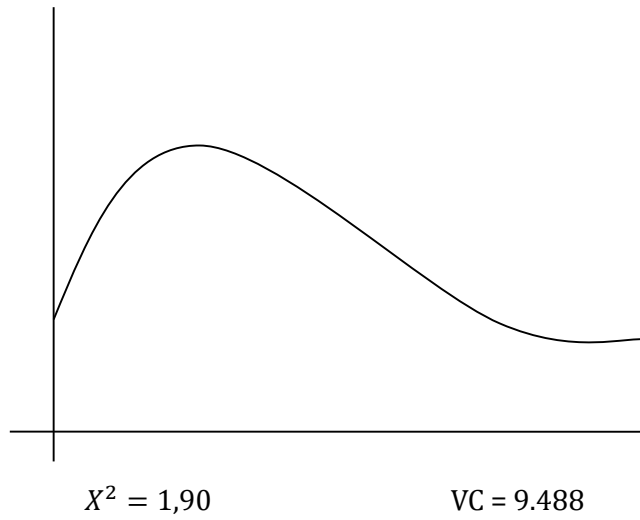
DISTRIBUCION JI CUADRADO χ^2

CALCULO DE DISTRIBUCION DE JI CUADRADO					
Escala Valorativa	(X): PRINCIPIOS Y GARANTIAS DE LA TECNICAS DE TIPIFICACION	(Y) TECNICA DE TIPIFICACION EN LA PROTECCION JURIDICA	Fo-Fa	(Fo-Fa) ²	(Fo-Fa)/Fa
Pésima	2	2	0	0	0
Mala	5	7	-2	4	0.57
Regular	9	9	0	0	0
Buena	7	7	0	0	0
Excelente	5	3	2	4	1,33
TOTAL	28	28	0	8	1,90

Comparación: 1,90 son inferiores a 9,488.

Conclusión: Dado que los valores calculados son inferiores al valor crítico de la prueba se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis alternativa. Es verdad que las diferencias son significativas y que las estimaciones sobre sobre los Principios y Garantías que se vulneran con la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal, de 1.90 y tienen una orientación hacia las categorías superiores de la escala de medición.

Estas afirmaciones quedan respaldadas con las correspondientes pruebas estadísticas X^2 las cuales han sido examinadas a la probabilidad alfa = 0,05.



HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 03

3. La aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente, que requiere de la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, genera impunidad al volver prácticamente inaplicable el tipo penal previsto en el Art. 304° del Código Penal a cada caso concreto.

Tomando en cuenta los resultados de los cuadros N° 08 y 11

CUADRO N° 08

TÉCNICAS DE TIPIFICACION EN LA PROTECCION JURIDICA DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		Fi	%
1	Pésimo	2	7.14
2	Malo	7	25.00
3	Regular	9	32.14
4	Bueno	7	25.00
5	Excelente	3	10.71
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Cuestionario Aplicado
Elaboración: Propia

CUADRO N° 11

ACTUAL REGULACIÓN DEL TIPO PENAL EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE

ESCALA VALORATIVA	DETALLE	RESULTADO	
		Fi	%
1	Pésimo	5	17.85
2	Malo	5	17.85
3	Regular	8	28.60
4	Bueno	5	17.85
5	Excelente	5	17.85
	TOTAL	28	100.00

Fuente: Cuestionario Aplicado
Elaboración: Propia

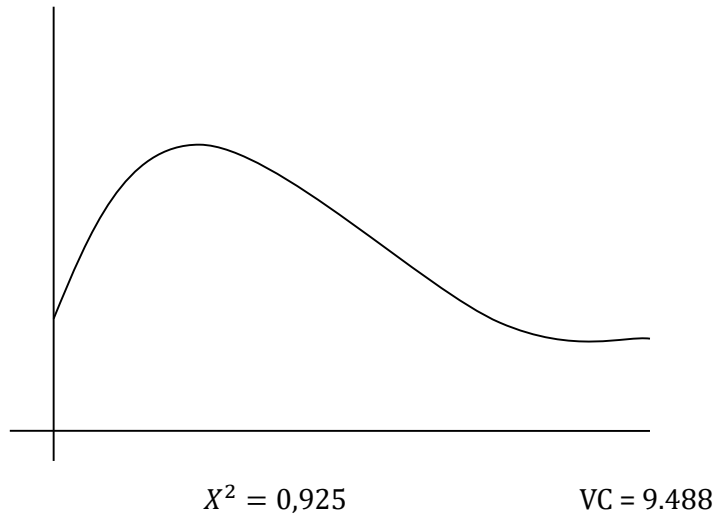
DISTRIBUCION JI CUADRADO χ^2

CALCULO DE DISTRIBUCION DE JI CUADRADO					
Escala Valorativa	(X)	(Y) TIPO PENAL PREVISTO EN EL ART. 304° DEL CÓDIGO PENAL A CADA CASO CONCRETO	Fo-Fa	(Fo-Fa) ²	(Fo-Fa)/Fa
Pésima	2	5	-3	9	1,8
Mala	5	5	0	0	0
Regular	9	8	1	1	0,125
Buena	7	5	2	4	0,8
Excelente	5	5	0	0	0
TOTAL	28	28	0	14	0,925

Comparación: 0,925 son inferiores a 9,488.

Conclusión: Dado que los valores calculados son inferiores al valor crítico de la prueba se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis alternativa. Es verdad que las diferencias son significativas y que las estimaciones sobre sobre La aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente, que requiere de la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, genera impunidad al volver prácticamente inaplicable el tipo penal previsto en el Art. 304° del Código Penal a cada caso concreto, de 0,925 y tienen una orientación hacia las categorías superiores de la escala de medición.

Estas afirmaciones quedan respaldadas con las correspondientes pruebas estadísticas X^2 las cuales han sido examinadas a la probabilidad alfa = 0,05.



5.3. APORTE ACADÉMICO DE LA INVESTIGACIÓN:

La inquietud al momento de plantear nuestro problema de investigación y al desarrollarlo, ha sido básicamente realizar aportes académicos en torno a la tipificación contemplada en el artículo 304º del Código Penal, pues vimos que nuestro sistema penal viene a ser ineficaz con la actual regulación, habida cuenta que hemos verificado la existencia de vulneración del mandato de certeza del Principio de Legalidad que se produce por la errónea aplicación de la ley penal en blanco en el delito de Contaminación del ambiente. Entonces, lo que resaltamos en nuestro aporte, es definir que nuestro sistema penal equivocadamente y bajo la apariencia de un modelo de relativa dependencia del Derecho Penal al Derecho Administrativo Ambiental, contrariamente, muestra una absoluta dependencia a los actos o normas administrativas en la protección del ambiente, lo que conlleva a que nos encontremos frente a una “administrativización” del Derecho Penal. Ello a su vez origina que nuestro sistema penal de manera equivocada se encuentre penalizando meras desobediencias administrativas y no la vulneración propia del bien jurídico “medio ambiente”, cuya protección, en realidad, es la finalidad que el Derecho Penal tiene al momento de penalizar una conducta. Lo que a la fecha no ocurre.

De ahí que consideremos con ello, que el legislador penal replantee la actual regulación del delito de Contaminación del ambiente previsto en el artículo 304º del Código Penal, y en estricta observancia al Principio de Legalidad y de Lesividad, proceda a realizar una nueva fórmula típica del delito en mención, donde se cuide con respetar el mandato de Certeza del Principio de Legalidad y sobre todo, que la dependencia que se tenga al Derecho

Administrativo, por el uso de la técnica de tipificación de la Ley Penal en Blanco, sea relativa, siendo que para la legitimación de la utilización de dicha técnica de tipificación, el núcleo esencial de la prohibición quede determinado en la norma penal, y que la norma de destino de rango inferior sólo sea encargada de determinar aspectos complementarios o secundarios del tipo penal en blanco. Entonces, nuestro aporte académico también se circunscribe en proponer que el tipo penal contenga el desvalor de resultado y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, para impedir que las conductas delictivas se configuren como delitos de mera desobediencia administrativa a la autoridad ambiental, como sucede con la actual regulación del delito de Contaminación del ambiente.

Nuestro aporte es concordante con lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁰, quien ha indicado que, *“La elaboración correcta de los tipos penales deberá cuidar siempre definiciones claras de las conductas incriminadas, que fijen sus elementos objetivos y subjetivos de modo que permita deslindarlas de comportamientos no punibles o de otras conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y nítida que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste”*.

En esa lógica de ideas, el legislador en base al principio de reserva de ley, al tener el señorío en la elaboración de leyes, deberá definir claramente, en

¹⁴⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Pollo Rivera y Otros vs. Perú (21/OCT/2016), Párrafo N° 219

respeto irrestricto del “Principio de Legalidad”, el tipo penal de Contaminación del ambiente, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con certeza¹⁴¹, prohibiendo de esa manera la creación de leyes abiertas o indeterminadas¹⁴².

Por otro lado, nuestro aporte académico también se circunscribe al cuestionamiento que realizados en torno al hecho consistente en que queda en manos de la autoridad ambiental, al emitir el informe técnico fundamentado, la determinación del perjuicio, alteración o “daño grave” que una conducta riesgosa puede originar al ambiente, cuando la única función sobre el particular sería el de proporcionar información técnica y científica sobre la acción riesgosa que se investiga penalmente, debido a que será durante el desarrollo del proceso penal, con el uso de los peritajes, que se determinará si la acción presuntamente contaminante es un delito o simplemente una infracción administrativa, siendo que el juez es quien, una vez actuada la prueba, determinará y definirá la entidad del evento contaminante como delito o no, pero no dejar a la administración esa tarea, habida cuenta que el Derecho Administrativo, de acuerdo a criterios técnico – estadísticos al poner límites a los procesos contaminantes, es porque no va a causar alteraciones a nuestro ecosistema natural, y si se supera esos límites, se estaría creando un riesgo, pero todavía no permite al Derecho Penal tener certeza en los posibles, de ahí que sea durante la secuela del proceso penal que se determine la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Es más, nuestro aporte también se circunscribe al hecho de la inconsistencia encontrada entre el tipo penal del delito de Contaminación del

¹⁴¹ Ídem

¹⁴² Ídem

ambiente con el Reglamento del Art. 149º.1 de la Ley General del Ambiente, pues dicho Reglamento requiere que se evalúe la posible transgresión de un Estándar de Calidad Ambiental para establecer la existencia del delito de Contaminación del ambiente, cuando el delito en referencia sólo hace alusión a los Límites Máximos Permisibles como instrumento de Gestión Ambiental. De ahí que consideremos que dicha regulación debe ser derogada.

CONCLUSIONES

1. Con el objetivo General: **ESTABLECER**, en qué medida la ineficacia legislativa del sistema penal peruano incide en la tipificación del delito de Contaminación del ambiente, se tiene que dado los valores calculados son inferiores al valor crítico de la prueba, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis alternativa. Es verdad que las diferencias son significativas y que las estimaciones sobre la ineficacia Legislativa del Sistema Penal Peruano incide en la Tipificación del Delito de Contaminación del ambiente de tal manera que 2,0552 son inferiores a 9,488. Pero tienen una orientación hacia las categorías superiores de la escala de medición. Estas afirmaciones quedan respaldadas con las correspondientes pruebas estadísticas X^2 las cuales han sido examinadas a la probabilidad alfa = 0,05.
2. Con el Objetivo Especifico 01: Dado que los valores calculados son inferiores al valor crítico de la prueba se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis alternativa. Es verdad que las diferencias son significativas y que la estimación sobre la ineficacia legislativa se debe a la aplicación errada de la técnica de tipificación usada en la protección del bien jurídico tutelado y en la persecución del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal y tienen una orientación hacia las categorías superiores de la escala de medición, de 5.86. Estas afirmaciones quedan respaldadas con las correspondientes pruebas estadísticas X^2 las cuales han sido examinadas a la probabilidad alfa = 0,05.
3. Con el Objetivo Especifico 02: Dado que los valores calculados son inferiores al valor crítico de la prueba se rechaza la hipótesis nula y se acepta la

hipótesis alternativa. Es verdad que las diferencias son significativas y que las estimaciones sobre los Principios y Garantías que se vulneran con la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal, de 1.90 y tienen una orientación hacia las categorías superiores de la escala de medición. Estas afirmaciones quedan respaldadas con las correspondientes pruebas estadísticas X^2 las cuales han sido examinadas a la probabilidad alfa = 0,05.

4. Con el Objetivo Especifico 03: Dado que los valores calculados son inferiores al valor crítico de la prueba se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis alternativa. Es verdad que las diferencias son significativas y que las estimaciones sobre La aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente, que requiere de la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, genera impunidad al volver prácticamente inaplicable el tipo penal previsto en el Art. 304° del Código Penal a cada caso concreto, de 0,925 y tienen una orientación hacia las categorías superiores de la escala de medición. Estas afirmaciones quedan respaldadas con las correspondientes pruebas estadísticas X^2 las cuales han sido examinadas a la probabilidad alfa = 0,05.

VII. SUGERENCIAS

1. El legislador peruano adopte el modelo de protección especial que sanciona conductas atentatorias al medio ambiente (en contrario al actual modelo de protección general donde se incluye los delitos ambientales en el Código Penal), a efectos de recurrir a una ley penal especial para la tipificación de los delitos ambientales en el Perú, pues ello permitiría garantizar el mandato de certeza, al contener en la misma ley los referentes ambientales que determinan el alcance de los tipos penales.
2. Los delitos ambientales por su misma naturaleza son graves y complejos, por lo que, el delito de Contaminación del ambiente debe tener una redacción clara e integral que responde a una lógica, coherencia y sistematización, prohibiendo en su estructura la aplicación de leyes indeterminadas que generan ineficacia legislativa y judicial.
3. La técnica de la Ley penal en blanco, utilizada por antonomasia en la protección del ambiente, no sólo debe concretarse con la contravención administrativa, sino también con un aspecto importante: la estricta lesividad del hecho, pues sino no encontraríamos diferencia entre un ilícito administrativo y un ilícito penal.
4. Se derogue la facultad de la autoridad administrativa ambiental, para emitir el informe técnico fundamentado que determine la infracción de la legislación ambiental, a efectos de hacer más expeditiva la investigación por la comisión de un delito ambiental, pues desde su incorporación en nuestra legislación, sólo ha servido para retrasar y entrapar el accionar de los operadores de justicia, primero condicionándolo al ejercicio de la acción penal, luego estableciendo el evento dañoso y ahora como un

aparente documento que sólo contendrá la norma violatoria efectuada por el administrado, cuando en realidad ese “informe” puede ser un acto de investigación más que realiza el Ministerio Público, sin la necesidad de tenerlo como un informe especializado y determinante, cuando en realidad no lo es.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. ALGOCAST (2014) Hipótesis, Teoría y Ley Científica, Publicado por VNIVERSITAS. Extraído desde: <http://vniversitas.over-blog.es/article-hipotesis-teoria-y-ley-cientifica-123864677.html>
2. BACIGALUPO, Enrique: “Derecho Penal - Parte General”, 1ra. Edición ARA editores E.I.R.L., LIMA, 2004.
3. BARRÍA, M. (2011), “*El Elemento de Interpretación Gramatical. Su Origen en Savigny, Algunos Autores Modernos y la Doctrina Nacional*”, *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins – Ars Boni et Aequi*, (Nº 2). Extraído desde: <http://www.ubo.cl/icsyc/actividades-academicas/publicaciones/revista-ars-boni-et-aequi/>
4. BINDER, Alberto: “*Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual*”, en *Revista Brasileña de la Ciencias Penales*, Año 8, N°29, enero-marzo de 2000.
5. BRAÑEZ BALLESTEROS, Raúl, en “*La fundación del Derecho Ambiental en América Latina*”. PNUMA, 2006.
6. CANO, T. (1995), “Derecho Administrativo Sancionador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (Nº 43), Extraído desde: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2007332.pdf>
7. CARRASCO DIAZ, Sergio: “*Metodología de la Investigación Científica*”, Editorial San Marcos. Lima. 2015.
8. CAVERO LATAILLADE, Iñigo/ ZAMORA RODRIGUEZ, Tomás [autores]: “*Introducción al Derecho Constitucional*”, Editorial Universitas, Madrid 1996.

9. CASTELLS, Alberto: "Estudios de técnica legislativa: Panorama", conferencia dictada en el marco del Seminario Nacional de Técnica Legislativa organizado por el Instituto de Capacitación Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y la Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil de la Universidad de Buenos Aires (1997).
10. CARO CORIA, D. (2013): "Técnicas de Protección en el Derecho Penal del Ambiente", *Revista de la Academia de la Magistratura* (N°13).
11. CARO CORIA, Dino Carlos. Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación, primera edición, Edit. Gráfica Horizonte, Lima, 1999.
12. Constitución Política del Estado de 1993.
13. Código Procesal Civil de 1992.
14. Código Penal Peruano de 1991.
15. Congreso Interamericano el Estado de Derecho en Materia Ambiental: Tendencias en las Américas; Ensayos Seleccionados [Publicado por el Departamento de Desarrollo Sostenible de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos]. Montego Bay 2015. Extraído desde:
http://www.oas.org/es/sedi/dsd/EstadoDeDerechoEnMateriaAmbienta_EnsayoSeleccionado.PDF
16. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Costa Rica, 1969)
17. CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro: "La importancia del planteamiento epistemológico en el derecho. Revista In Jure Anáhuac Mayab" [online]. 2013, año 2, núm. 3. ISSN 2007-6045

18. CORREA, A (2015), "Relación Hombre-Naturaleza-Sociedad". Extraído desde: <https://prezi.com/rbw1nfvwhzbv/relacion-hombre-naturaleza-sociedad/>
19. COUTURE, Eduardo J. "Fundamentos del derecho procesal civil", Depalma, Buenos Aires, 1974.
20. CHÁVEZ DE PAZ, Dennis. "Conceptos y Técnicas de Recolección de Datos en la Investigación Jurídico Social. Extraído desde: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_56.pdf
21. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "Causalidad de los delitos contra el medio ambiente", segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
22. ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (Roma, 1998).
23. FINKELSTEIN NAPPI, J. (2004): "Sistema Penal, Estado Constitucional de Derecho y Bien Jurídico Afectado. Aproximaciones para un Cambio de Paradigma desde una Perspectiva Crítica", *Revista Lecciones y Ensayos* (Nº 79). Extraído desde: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/79/lecciones-y-ensayos-79-paginas-233-265.pdf>
24. GARCÍA CAVERO, Percy: "El principio de non bis in ídem a la luz de una distinción cualitativa entre delito de infracción administrativa". En: *El penalista de dos mundos. Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo*.
25. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: *Filosofía del Derecho*.

26. GODARD, Jorge Adame. Derechos Fundamentales y Estado. Instituto de Investigaciones Jurídicas N° 96: México.2002.
27. GRACIA MARTÍN, Luis. Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el nuevo Código Penal Español, Valencia, 1996;
28. GROSSO, B. y SVETAZ, M. “Técnica Legislativa: Marco Teórico” *Corte Interamericana de Justicia*. Extraído desde: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf>
29. HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte General, pág. 35, reimpresión de la segunda edición, Lima, 1987.
30. JESCHECK, Hans. “*Tratado de Derecho Penal*”. Barcelona: Bosch 1978.
31. Luis Prieto Sanchís: “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Trotta, Madrid, 2003.
32. Material auto instructivo de la Academia de la Magistratura. Curso “Delitos Ambientales” 2016. Elaborado por el Dr. Daniel Osarim Huamán Castellares
33. MIR PUIG, Santiago: “Derecho Penal-Parte General, 6° ed., Barcelona 2002.
34. MIR PUIG, Santiago: “Derecho Penal – Parte General”, B de F Ltda. 7° Edición, Montevideo – Buenos Aires – 2005.
35. Mir Puig, Santiago. “Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del ius puniendi”, en: él mismo. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Edit. Ariel, Barcelona.

36. Monge Fernández, Antonia. La Responsabilidad Penal por Riesgos en la Construcción, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
37. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *“En Los delitos contra el medio ambiente”*. Editorial Rodhas, primera edición, marzo 2010, Lima.
38. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Los Delitos contra el Medio Ambiente. Editores Rodhas, Lima – Perú.
39. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú, Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
40. QUERALT JIMÉNEZ, TERRADILLOS BASOCO, *Protección penal del medio ambiente: Cuestiones para una reflexión inicial*, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Ucayali, N° 1, Ucayali, 2000.
41. QUERALT JIMÉNEZ, Joan. El delito ecológico en España: Situación actual y perspectivas de reforma, en: Revista Peruana de Ciencias Penales, (N° 4) Lima.
42. REYNA ALFARO, L.: “La Protección Penal del Medio Ambiente: Posibilidades y Límites. Extraído desde: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_84.pdf
43. REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord): “Derecho Penal y Modernidad”, ARA Editores, Lima 2010.
44. ROSILLO, V. (2017): “Derecho Penal de Acto” *FUNDACIÓN ACADEMICA [Poder del Derecho]*. Extraído desde: <http://poderdelderecho.com/derecho-penal-de-acto/>

45. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Directrices Político- Criminales del Anteproyecto de Código Penal, en: Mir Puig, Santiago (Ed.). Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Edit. Temis, Bogotá, 1982.
46. RODRÍGUEZ DEVESA, José María & SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal Español. Parte Especial. Décimo sexta edición, Dikynson, Madrid, 1993.
47. RODOVALHO, T. (2015), "Kelsen y la Epistemología", *Revista Peruana de Derecho Tributario – USMP Tax Law Review*, (Nº 19). Extraído desde: http://www.derecho.usmp.edu.pe/revista_cet/archivos/MONOGRAFIAS_E_INVESTIGACIONES/3-Kelsen_y_la_epitemologia.pdf
48. ROSAS YATACO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Pacífico Editores, Lima – Perú, 2013. Volumen I.
49. RUIZ, J (2009): "Estado constitucional de derecho, democracia y descentralización" Programa CAPACIDES Fortalecimiento de capacidades para procesos de descentralización. Extraído desde: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado_derecho_ponencias_LIMA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_derecho_ponencias_LIMA.pdf)
50. SÁNCHEZ CUTIÑO, C. (2014), "La Relación Hombre-Naturaleza-Sociedad y su Enfoque en los Estudios Sociales y Humanísticos", *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. Extraído desde: <http://caribeña.eumed.net/hombre-naturaleza-sociedad/>
51. Sentencias del Tribunal Constitucional, recaída en los Expedientes N° 04053-2007-PHC/TC; N° 5854-2005-PA/TC; STC 1124-2001-AA/TC; N° 0014-2002-AI/TC; N° 0010-2002-AI/TC; N° 03378-2014-PA/TC; N° 2192-2004-AA /TC; N° 0010-2002-AI/TC; N° 2050-2002-AA
52. SALAZAR, N., URQUIZO, O: "*Derecho Penal Constitucional*", IDEMSA 1° Edición, Lima 2012

53. Sobre las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: Vid. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal*, Tomo I, 4º ed. Idemsa, Lima, 2011.
54. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Pollo Rivera y Otros vs. Perú (21/OCT/2016)
55. Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional Colombiana.
56. Tesis sobre “La Interpretación de la Responsabilidad Ambiental, el Principio del que Contamina Paga en la Normatividad Administrativa Ambiental de Baja California Sur”, elaborado por Natalia Beatriz GONZALEZ OSORIO, en la “Universidad Autónoma de Baja California Sur”, para obtener el título de Maestra en Desarrollo Sustentable y Globalización. Encontrada en la siguiente dirección web: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/10042016_133712_Tesis%20LA%20RESPONSABILIDAD%20AMBIENTAL%20EL%20PRINCIPIO%20DEL%20QUE%20CONTAMINA%20PAGA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/10042016_133712_Tesis%20LA%20RESPONSABILIDAD%20AMBIENTAL%20EL%20PRINCIPIO%20DEL%20QUE%20CONTAMINA%20PAGA%20(1).pdf)
57. Tesis sobre “Nuevos Riesgos Ambientales y Derecho Administrativo”, elaborado en el 2010 por Hugo Armando GRANJA ARCE, en la Universidad del Rosario, para obtener el grado académico Magister en Derecho Administrativo. Encontrada en la siguiente dirección web: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/2212/1085250144.pdf>
58. Tesis “Conciencia Ecológica: Garantía de un Medioambiente Sano”, elaborado en el 2004 por María Elena Katherina PACHECO VARGAS, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para obtener el grado de Magíster en Derecho Constitucional. Encontrada en la siguiente dirección web: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/101/PACHECO_VA_RGAS_MARIA_ELENA_CONCIENCIA_ECOLOGICA.pdf?sequence=1
59. URIZA RAZO, Rubén: “Principios del Derecho Penal”, ITAM, pág. 33. Extraído desde: http://faviiofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/5-4_principios_del_derecho_penal.pdf

IX. ANEXOS

**UNIVERSIDAD NACIONAL
HERMILIO VALDIZAN DE HUANUCO
ESCUELA DE POS GRADO
DOCTORADO EN DERECHO**

CUESTIONARIO N 01-17-INVESTIGACION

INTRODUCCION: Por favor tenga la gentileza de marcar (x), según usted crea conveniente, es anónimo, resultados que nos permitirán tomar acciones y propuestas de investigación científica.

1. ¿Teniendo en cuenta la redacción del artículo 304º del C.P. la misma que responde a una ley penal en blanco ¿Dicha redacción atenta el Principio de Legalidad?
Si () No ()
2. ¿El artículo citado, atenta al contenido del Principio de Legalidad en su fundamento de lex certa?
Si () No ()
3. ¿Dicha redacción debe responder a un Derecho Penal de Acto cuya conducta debe estar clara, precisa e inequívoca en la ley penal?
Si () No ()
4. ¿En el delito de Contaminación del ambiente al remitirse a la ley administrativa y disponer que se emita un informe técnico fundamentado, genera retraso y por ende puede generar impunidad?
Si () No ()
5. ¿En un Estado Constitucional de Derecho, el Derecho Penal acto debe prescindir de los tipos penales en blanco?
Si () No ()
6. ¿Cómo evalúa usted, en términos generales, la eficacia del sistema penal peruano, para sancionar el delito de Contaminación del ambiente?
Excelente () bueno () Regular () Malo () Pésimo ()
7. ¿Cómo evalúa usted, en términos generales, las técnicas de tipificación usada en el delito de Contaminación del ambiente?

Excelente () bueno () Regular () Malo () Pésimo ()

8. ¿Cómo califica usted la técnica de tipificación en la protección jurídica del delito de Contaminación del ambiente?

Excelente () bueno () Regular () Malo () Pésimo ()

9. ¿Cómo evalúa usted la aplicación de las normas para contrarrestar el delito de contaminación del ambiental?

Excelente () bueno () Regular () Malo () Pésimo ()

10. ¿Cómo califica usted el respeto a los principios y garantías en el delito de Contaminación del ambiente con relación a las técnicas de tipificación?

Excelente () bueno () Regular () Malo () Pésimo ()

11. ¿Cómo califica la actual regulación del tipo penal del delito de Contaminación del ambiente?

Excelente () bueno () Regular () Malo () Pésimo ()

Muchas gracias.

La investigadora

FICHA MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN

TESISTA : Mg. Karin CHARRE GONZALES.

ASESOR : Dr. Jorge Ernesto ROMERO VELA.

TITULO : “LA INEFICACIA DEL SISTEMA PENAL PERUANO PARA TIPIFICAR EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL”.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGIA	TRATAMIENTO ESTADISTICO	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>A. PROBLEMA GENERAL:</p> <p>“¿En qué medida la ineficacia legislativa del sistema penal peruano incide en la tipificación del delito de Contaminación del ambiente?”</p> <p>B. PROBLEMAS ESPECÍFICOS:</p> <p>b1. ¿De qué manera la ineficacia legislativa se debe a la aplicación errada de la técnica de tipificación usada en la protección del bien jurídico tutelado y en la persecución del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal?</p> <p>b2. ¿Qué principios y garantías se vulneran con la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal?</p> <p>b3. ¿Cómo la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente al requerir de la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, genera impunidad al volver prácticamente inaplicable el tipo penal a cada caso concreto?</p>	<p>A. OBJETIVO GENERAL:</p> <p>ESTABLECER, si existe ineficacia legislativa del sistema penal peruano en la tipificación del delito de Contaminación del ambiente.</p> <p>B. OBJETIVO ESPECÍFICOS:</p> <p>b1. DETERMINAR, si la ineficacia legislativa se debe a la aplicación errada de la técnica de tipificación usada en la protección del bien jurídico tutelado y en la persecución del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal</p> <p>b2. ESPECIFICAR, si existen Principios y Garantías que se vulneran con la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal?</p> <p>b3. DETERMINAR, si la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente, que requiere de la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, genera impunidad al volver prácticamente inaplicable el tipo penal a cada caso concreto.</p>	<p>A. HIPOTESIS GENERAL:</p> <p>La ineficacia legislativa del sistema penal peruano incide en la tipificación del delito de Contaminación del ambiente.</p> <p>B. HIPÓTESIS ESPECIFICAS:</p> <p>HE1. La ineficacia legislativa se debe a la aplicación errada de la técnica de tipificación usada en la protección del bien jurídico tutelado y en la persecución del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal.</p> <p>HE2. Existen Principios y Garantías que se vulneran con la aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente previsto en el Art. 304° del Código Penal.</p> <p>HE3. La aplicación errada de la técnica de tipificación del delito de Contaminación del ambiente, que requiere de la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, genera impunidad al volver prácticamente inaplicable el tipo penal a cada caso concreto.</p>	<p>DE LAS HIPÓTESIS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Variable independiente: Ineficacia legislativa. • Variable dependiente: Tipificación del delito de Contaminación del ambiente. 	<p>INDICADORES DE LA HIPÓTESIS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Doctrina Nacional y Extranjera. • Jurisprudencia. 	<p>1. METODO: El método de investigación será el Análítico - Deductivo, Inductivo - Deductivo, basado fundamentalmente en la observación del tesista.</p> <p>2. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACION: Porque nos basaremos en teorías ya existentes, corresponde a la investigación Básica no experimental.</p> <p>Con respecto grado de dificultad, corresponde al nivel descriptivo - explicativa.</p> <p>3. DISEÑO: El diseño corresponde al diseño descriptivo explicativo simple, cuyo esquema es:</p> <p style="text-align: center;">X (v. indep.) → Y (v. Depend.)</p> <p>4. Población (N) y Muestra (n) La población (N) Nuestra población de esta investigación está circunscrita en base a los operadores del derecho está a su vez representados por jueces, fiscales y abogados litigantes, cuyo análisis e interpretación se desarrolló bajo la técnica de la investigación documental no experimental.</p> <p>La Muestra(n): Se obtendrá muestras no probabilístico y a criterio del investigador, se tomará el 10% de la población objeto de estudio.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Se procesarán los datos obtenidos mediante el uso del programa EXCEL, WORD. - En la cual se reflejará la información recopilada, organizada e interpretada. 	<p>Las principales técnicas serán:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Encuestas. • Entrevista. • Análisis documentales. • Mediante Fichas y Tablas. • Observación: <ul style="list-style-type: none"> - Directa. - Indirecta. • Análisis interpretación según información tabulada en cuadros.

NOTA BIOGRÁFICA

Karin Charre Gonzales, nació en la ciudad de Huánuco, hija de Don Jorge Cleofé Charre Francisco y Doña Martha Gonzales Garay, sus estudios de la educación primaria lo realizó en la Escuela Primaria “Señor de los Milagros” de la ciudad de Huánuco y los estudios secundarios lo realizó en el Colegio Nacional “Nuestra Señora de las Mercedes”. Abogada de profesión egresada de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco; con grado de Magíster en Derecho Penal otorgado por la misma Universidad y estudios de Maestría en Gestión Ambiental y Desarrollo Sostenible en la Universidad de Huánuco. Además, ha culminado satisfactoriamente el Máster Iberoamericano en Políticas Anticorrupción de la Universidad de Salamanca – España.

Se desempeñó como docente en la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión y de pregrado en la Universidad de Huánuco.

Actualmente se viene desempeñando como Abogada dentro del ámbito de la Administración de Justicia y durante dicha labor ha desempeñado el cargo de Fiscal en diversos niveles, siendo que a la fecha viene laborando como Fiscal Adjunta Superior en la Primera Fiscalía Superior Penal de Moyobamba, del Distrito Fiscal de San Martín.



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIVIA

Huánuco - Perú

ESCUÉLA DE POSGRADO

Campus Universitario, Pabellón V "A" 2do. Piso - Cayhuayna
Teléfono 514760 - Pág. Web. www.posgrado.unheval.edu.pe



ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE DOCTOR

En el Auditorio de la Escuela de Posgrado; siendo las 11:00 hrs., del día martes 03.ABRIL.2018; la aspirante al Grado de Doctor en Derecho, Karin CHARRE GONZALES, procedió al acto de Defensa de su Tesis titulado: "LA INEFICACIA DEL SISTEMA PENAL PERUANO PARA TIPIFICAR EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL", ante los miembros del Jurado de Tesis señores:

Dr. Abner FONSECA LIVIAS	Presidente
Dr. David Julio MARTEL ZEVALLOS	Secretario
Dr. Humberto BENANCIO VALDIVIA	Vocal
Dr. Amancio Rodolfo VALDIVIESO ECHEVARRÍA	Vocal
Dr. Armando PIZARRO ALEJANDRO	Vocal

Asesor de Tesis, Dr. Jorge Ernesto ROMERO VELA (Resolución N° 0420/B-2016-UNHEVAL/EPG-DI)

Respondiendo las preguntas formuladas por los miembros del Jurado y público asistente.

Concluido el acto de defensa, cada miembro del Jurado procedió a la evaluación de la aspirante a Doctor, teniendo presente los criterios siguientes:

- a) Presentación personal.
- b) Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y solución a un problema social y Recomendaciones.
- c) Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado y público asistente.
- d) Dicción y dominio de escenario.

Así mismo, el Jurado planteó a la tesis las observaciones siguientes:

.....
.....
.....

Obteniendo en consecuencia la Doctorando la Nota de QUINCE (15)

Equivalente a APROBADO, por lo que se recomienda
(Aprobado ó desaprobado)

Los miembros del Jurado, firman la presente ACTA en señal de conformidad, en Huánuco, siendo las 13 horas del 03 de abril de 2018.

PRESIDENTE	SECRETARIO
DNI N° <u>32512906</u>	DNI N° <u>32172476</u>
VOCAL	VOCAL
DNI N° <u>22407185</u>	DNI N° <u>22408967</u>
VOCAL	VOCAL
DNI N° <u>22407185</u>	DNI N° <u>22421835</u>

AUTORIZACION PARA PUBLICACION DE TESIS ELECTRONICA DE POSGRADO

1. IDENTIFICACION PERSONAL

Apellidos y Nombres: KARIN CHARRE GONZALES

DNI: 22510325

Correo electronico: karin.charre@gmail.com

Celular: 959583270

Oficina:

2. IDENTIFICACIÓN DE LA TESIS

POSGRADO
DOCTOR EN DERECHO

Grado Académico Obtenido

DOCTOR

Título de la tesis: "LA INEFICACIA DEL SISTEMA PENAL PERUANO PARA TIPIFICAR EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL"

Tipo de acceso que autoriza el autor:

MARCAR	CATEGORIA DE ACCESO	DESCRIPCION DE ACCESO
<input checked="" type="checkbox"/>	PUBLICO	Es publico y accesible el documento a texto completo a cualquier tipo de usuario que consulte el repositorio
<input type="checkbox"/>	RESTRINGIDO	Solo permite el acceso al registro del metadato con i información básica, mas no al texto completo.

Al elegir la opción "publico" a través de la presente autorizo de manera gratuita al repositorio institucional - UNHEVAL, a publicar la versión electrónica de esta tesis en el portal web repositorio.unheval.edu.pe, por un plazo indefinido, consintiendo que dicha autorización cualquier tercero podrá acceder a dichas páginas de manera gratuita, pudiendo revisarla, imprimirla o grabarla, siempre y cuando se respete la autoría y sea citada correctamente.

En caso haya marcado la opción "restringida", por favor detallar las razones por las que se eligió este tipo de acceso:

Asimismo pedimos indicar el periodo de tiempo en que la tesis tendría el tipo de acceso restringido:

() 1año

() 2años

() 3años

() 4años

Luego del periodo señalado por usted(es) automáticamente la tesis pasara a ser de acceso público.

Fecha De Firma 04/01/2021


FIRMA DEL AUTOR