

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE GENERA LA UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA DE LA LEY PENAL EN BLANCO EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. EVERLIN HADI DÍAZ PALOMINO

Asesor:

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca – Perú

2018

COPYRIGHT © 2018 by
EVERLIN HADI DIAZ PALOMINO
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE GENERA LA UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA DE LA LEY PENAL EN BLANCO EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. EVERLIN HADI DÍAZ PALOMINO

JURADO EVALUADOR

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2018



Universidad Nacional de Cajamarca

Escuela de Posgrado

CAJAMARCA - PERU

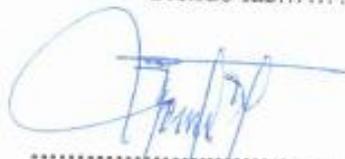
PROGRAMA DE DOCTORADO

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS DOCTORADO EN CIENCIAS MENCIÓN: DERECHO

Siendo las seis de la tarde del día viernes veintiuno de diciembre del año dos mil dieciocho, reunidos en el auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el Dr. Joel Romero Mendoza, Dr. Glenn Joe Serrano Medina, Dra. María Isabel Pimentel Tello, como integrantes del jurado titular; y en calidad de Asesor, el Dr. Nixon Javier Castillo Montoya. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE GENERA LA UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA DE LA LEY PENAL EN BLANCO EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE**; presentada por el M.Cs. **EVERLIN HADI DÍAZ PALOMINO**, con la finalidad de optar el Grado Académico de **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **16 (Dieciséis)** la mencionada Tesis; en tal virtud, el M.Cs. **EVERLIN HADI DÍAZ PALOMINO**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las..... horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador


.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Presidente Jurado Evaluador

DEDICATORIA:

A mi hija ***Mía Valentina***,
por ser la inspiración y la fortaleza
para el logro de mis metas

ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE.....	vi
RESUMEN	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN	xii

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 Planteamiento del problema	1
1.1.1 Contextualización.....	1
1.1.2 Descripción del problema.....	3
1.1.3 Formulación del problema.....	3
1.2 Justificación	4
1.2.1 Justificación científica.....	4
1.2.2 Justificación práctica	5
1.3 Delimitación de la investigación.....	6
1.4 Objetivos de la investigación	6
1.4.1 Objetivo general	6
1.4.2 Objetivos específicos	7
1.5 Hipótesis.....	7
1.6 Diseño de la Investigación.....	8
1.6.1 Investigación Descriptiva	8
1.6.2 Investigación Explicativa	8
1.6.3 Investigación jurídico propositiva	8
1.7 Métodos de investigación	9
1.7.1 Métodos Generales.....	9
a. Método inductivo.....	9
b. Método analítico.....	10
1.7.2 Métodos de investigación jurídica	11

a. Método dogmático	11
b. Método hermenéutico	11
1.8 Técnicas e instrumentos de recopilación de información	12
1.8.1 Técnicas de investigación	12
1.8.2 Técnica de análisis documental	12
1.8.3 Técnica de fichaje	13

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes.....	14
2.2 Enfoque multidisciplinario de la problemática ambiental	18
2.2.1 Concepción holística del objeto de estudio.....	18
2.2.2 Problemática ambiental general.....	19
2.2.3 La protección del ambiente como base fundamental para el ejercicio de los derechos fundamentales	21
2.2.4 Ausencia de una Política Criminal Ambiental en el Perú y sus implicancias en la protección penal del ambiente	23
2.3 Marco doctrinal	27
2.3.1 Teoría General del Delito.....	27
2.3.1.1 Concepto	27
2.3.1.2 Función de la teoría del delito.....	28
2.3.1.3 Teorías sobre el delito	29
a. Teoría del casualismo naturalista	29
b. Teoría del causalismo valorativo	29
c. Teoría del finalismo	30
d. Teoría del funcionalismo.....	31
2.3.2 Teoría de la pena.....	31
2.3.2.1 Teorías absolutas o retributivas.....	32
2.3.2.2 Teorías relativas o preventivas.....	33
2.3.2.3 Las teorías mixtas o de la unión.....	34
2.3.3 Protección penal del ambiente.....	35
2.3.3.1 Consideraciones generales	35
a. Bien jurídico protegido en los delitos ambientales .	36

b. Interés difuso y colectivo	37
c. Daño ambiental	38
2.3.3.2 Delitos ambientales	40
2.3.3.3 La estructura del tipo penal de contaminación	40
2.3.4 Delito de contaminación del ambiente	41
2.3.4.1 Descripción típica	41
2.3.4.2 Elementos normativos	44
a. Infracción de leyes o reglamentos.....	44
b. Infracción a los límites máximos permisibles	45
2.3.4.3 Informe de la autoridad ambiental competente como requisito de procedibilidad	46
2.3.4.4 Bien jurídico.....	48
2.3.4.5 Tipicidad objetiva.....	50
a. Sujeto activo.....	50
b. Sujeto pasivo.....	50
2.3.4.6 Tipicidad subjetiva	50
a. Dolo.....	50
b. Culpa.....	51
2.3.4.7 Naturaleza jurídica	51
2.3.5 La Técnica Legislativa de la Ley Penal en Blanco y principio de legalidad en el delito de contaminación del ambiente	53
2.3.5.1 Técnica legislativa	53
a. Consideraciones generales	53
b. Definición.....	56
2.3.5.2 Ley Penal en blanco	57
2.3.5.3 Principio de legalidad y ley penal en blanco	60
a. Posiciones a favor	60
b. Posiciones en contra	61
c. Posición personal	63
2.3.6 Prevención general de la pena y protección penal del ambiente	69
2.3.6.1 Finalidad protectora y preventiva del Derecho Penal .	69
2.3.6.2 Finalidad preventiva de la pena.....	70

a. Prevención general	71
b. Prevención especial	72
2.3.7 Titularidad del ejercicio de la acción penal.....	75
2.3.8 Régimen Constitucional de la protección del ambiente.....	80
a. El derecho fundamental a un ambiente sano y la protección penal del ambiente.....	80
b. El contenido del derecho fundamental a un vivir en un ambiente sano en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	82
c. Obligación del Estado en la protección del derecho fundamental a un ambiente sano.....	84
d. Estado Social y Democrático de Derecho y protección del ambiente.....	85

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

1. Afectación al principio de legalidad.....	91
2. Incumplimiento de los fines de la pena.....	96
3. Afectación al ejercicio de la titularidad de la acción penal.....	100
4. Ineficacia del delito de contaminación del ambiente.....	104
Propuesta legislativa	109
Conclusiones	123
Recomendaciones	128
Lista de Referencias	130

RESUMEN

En la presente investigación hemos analizado las principales consecuencias jurídicas que genera la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco en la aplicación del delito de contaminación del ambiente.

En el primer Capítulo I, tratamos sobre los aspectos metodológicos de la investigación, aquí abordamos las hipótesis de trabajo que nos hemos planteado, que son: la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco en el artículo 304 del CP son: vulneración al principio de legalidad, incumplimiento de la función de prevención de la pena, afectación a la función constitucional y legal del ejercicio de la titularidad de la acción penal, ineficacia de aplicación del tipo penal de contaminación del ambiente. En función a ello hemos planteado nuestros objetivos y en base a ello los métodos que hemos seguido para demostrar nuestras hipótesis de trabajo.

En el Capítulo II, desarrollamos el marco teórico en la que se desarrolla la investigación, esto es, la protección penal del medio ambiente a través de la aplicación del delito de contaminación y el marco constitucional de la investigación. En el Capítulo III, desarrollamos la demostración de nuestra hipótesis, en donde el estudio revela que el requisito de procedibilidad en la aplicación del delito de contaminación del ambiente, afecta no solo su eficacia y el cumplimiento de los fines de la pena, sino también, el principio de legalidad y el ejercicio de la acción penal. En el Capítulo IV, presentamos nuestras conclusiones y recomendaciones, lo que nos ha permitido elaborar y plantear nuestra propuesta legislativa.

Palabras Claves: *Ambiente, contaminación del ambiente, daño ambiental, delito de peligro abstracto, delito de peligro concreto, informe de la autoridad ambiental.*

ABSTRACT

In the present investigation we have analyzed the main legal consequences that the use of the legislative technique of the criminal law in white in the application of the crime of pollution of the environment generates.

In the first chapter I, we deal with the methodological aspects of the investigation, here we approach the working hypotheses that we have raised, which are: the use of the legislative technique of the criminal law in article 304 of the CP are: violation to the principle of legality, breach of the function of prevention of the sentence, impairment of the constitutional and legal function of the exercise of ownership of the criminal action, ineffective application of the criminal type of environmental pollution. Based on this we have set out our objectives and based on this the methods we have followed to demonstrate our working hypotheses.

In Chapter II, we develop the theoretical framework in which research is carried out, that is, the criminal protection of the environment through the application of pollution offense and the constitutional framework of research. In Chapter III, we develop the demonstration of our hypothesis, where the study reveals that the requirement of procedibility in the application of the crime of environmental contamination affects not only its effectiveness and compliance with the purposes of the penalty, but also, the principle of legality and the exercise of criminal action. In Chapter IV, we present our conclusions and recommendations, which has allowed us to elaborate and propose our legislative proposal.

Keywords: Environment, environmental pollution, environmental damage, abstract danger, crime of specific danger, report of the environmental authority.

INTRODUCCIÓN

Uno de los más grandes problemas que hoy en día afecta al mundo, y de manera particular a nuestro país por ser considerado uno de los países con mayor biodiversidad en el mundo, es el problema de la contaminación ambiental por causas antropogénicas principalmente, y que a su vez ha generado el problema más grande que enfrenta la humanidad, que es el cambio climático, que ha llevado a muchas especies animales y vegetales al límite y en algunos casos a vencer su capacidad de resiliencia; y al ser humano (principal causante de este cambio) a adoptar medidas para ser viable su existencia en un ambiente cada vez más desgastado.

En este escenario de contaminación ambiental, los individuos y los Estados están adoptando conductas y políticas públicas para revertir esta situación (aun cuando hoy en día se considera que solo son paliativos y no soluciones), dado que sus efectos en la estabilidad de los ecosistemas y la salud de las personas, es directa, afectando derechos fundamentales de la persona.

En el caso peruano, el legislador ha adoptado medidas de carácter técnico y jurídico (aun cuando consideramos con no son suficientes por el momento) para enfrentar el problema de la contaminación del ambiente, y sobre todo desde el ámbito del Derecho Administrativo. Desde ámbito jurídico del Derecho Penal, el legislador peruano, para controlar la contaminación del ambiente, ha tipificado el delito de contaminación del ambiente en el artículo 304 del Código Penal, para lo cual ha utilizado la técnica legislativa de la ley penal en blanco, a través de la técnica del reenvío, del informe previo de la autoridad ambiental competente. Sin embargo, pese a los años que se encuentra vigente este tipo penal, la situación no ha cambiado, por el contrario, todo indica que la contaminación del ambiente se ha incrementado, y las sanciones penales a estas conductas delictivas son muy escasas.

En ese sentido, la presente investigación aborda el problema de las implicancias que genera la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco, en el delito de contaminación del ambiente, pues para la investigación y sanción, se

requiere un requisito de procedibilidad, que es el informe técnico previo, de la autoridad administrativa ambiental competente, lo que en la práctica se ha convertido en una suerte de obstáculo para la investigación y sanción del delito de contaminación del ambiente, fomentando la criminalidad ambiental en incumpléndose una de las finalidades principales de la pena y del Derecho Penal, que es la prevención del delito.

La impunidad ecológica y la criminalidad ambiental socaban las bases de nuestra propia existencia: el medio ambiente, y con ello, se vulnera el derecho fundamental a vivir en un ambiente sano y equilibrado consagrado en el inciso 22 del artículo 2 de nuestra Carta Fundamental; por ello la gran importancia de que el Estado en Constitucional de Derecho, se garantice la preservación y conservación del medio ambiente, a través de la puesta en práctica de mecanismos legales que hagan efectivo prevención y sanción de conductas delictivas que atentan contra el medio ambiente. Mecanismos que deben estar sustentados y basados en políticas ambientales y políticas criminales ambientales, para una lucha eficaz de la criminalidad ambiental, y así las normas penales ambientales no estén tipificados de manera decorativa, sino, como hemos señalado, se hagan efectivas en la práctica; pues un derecho que no se cumple es igual a un derecho inexistente.

En el Capítulo I, del presente trabajo, abordamos los aspectos metodológicos de la investigación, hemos planteado nuestra pregunta, contextualizando el problema en un escenario de incremento de la criminalidad ambiental y la escasa sanción penal por el delito de contaminación del ambiente. Es una investigación que describe la problemática que genera la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco en el tipo básico de los delitos ambientales y que es un tema de mucha importancia y actualidad; pero, además, explica las consecuencias que esto genera en la aplicación del tipo penal de contaminación y sus implicancias en la lucha contra la criminalidad ambiental. Si bien, nuestra investigación es descriptiva, empleamos unidades de análisis solo para referencia, en el sentido, de que en base a datos estadísticos nos permita reforzar la comprobación de nuestra hipótesis, sobre todo en los que se refiere

a la ineficacia de la norma penal ambiental para enfrentar la criminalidad ambiental, y con ello el incumplimiento del fin de prevención general de la pena.

En el Capítulo II, abordamos el marco teórico y el marco epistemológico en el que se sustenta nuestra investigación. Dos son las teorías, en las que se sustenta la presente investigación la teoría de la pena y la teoría del delito. La investigación se inserta en un marco holístico, dado tema de investigación, pues los problemas ambientales no solo tienen una arista jurídica, sino, además, tienen un elemento técnico, filosófico, social, ambiental, económico y político de tal manera que solo un enfoque de esta naturaleza permitirá abordar el tema con mayor seriedad y objetividad. Partimos de una descripción y análisis de los elementos objetivos y subjetivos de los que se compone el tipo, pasando luego a analizar la técnica utilizada para su tipificación y sus consecuencias que genera en la aplicación del tipo penal: afectación del principio de legalidad, vulneración al derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado, la ineficacia del tipo penal en la lucha contra la criminalidad ambiental, incumpléndose la finalidad de la prevención general de la pena.

En el Capítulo III, desarrollamos el marco constitucional en el que se circunscribe nuestra investigación, sobre todo desarrollamos las implicancias que tiene la ineficacia del tipo penal ambiental en el ejercicio del derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado; que por su naturaleza es un derecho que el Estado debe garantizar y proteger en el marco de un Derecho Social y Democrático de Derecho, en donde la dignidad de la persona es el fin supremo.

En el Capítulo IV, analizamos y discutimos los resultados de nuestra investigación: afectación al principio de legalidad, afectación al ejercicio de la acción penal, afectación a la eficacia del tipo penal de contaminación del ambiente.

En el Capítulo V, realizamos la contrastación de nuestras hipótesis y como hemos señalado las unidades de análisis que hemos utilizado son referenciales, por el tipo de investigación, pero que nos permitió reforzar la demostración de nuestras hipótesis.

Finalmente, en el Capítulo VI, realizamos las conclusiones a las que hemos llegado logrando comprobar nuestras hipótesis y que nos permite a su vez realizar nuestras recomendaciones y realizar una propuesta legislativa, que consideramos que permitirá una aplicación efectiva del tipo penal de contaminación del ambiente.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 Planteamiento del problema

1.1.1 Contextualización

El desarrollo de la ciencia y de la tecnología no solo ha traído consigo beneficios para la humanidad, sino también, ha propulsado la generación y diversificación de actividades económicas, lo que a su vez ha generado problemas ambientales. “Es la escasez de recursos naturales que ha disminuido las posibilidades de desarrollo de la nación. Esto se ha originado por el agotamiento de alguno de ellos, sobrepasando los límites aceptables de explotación; y por la degradación de otros que los han inutilizado para la actividad productiva del sistema económico, o, por lo menos, su reutilización representa costos muy elevados”. (María, 2004, p.23)

Las causas de la contaminación ambiental pueden ser diversas, como diversas también pueden ser sus consecuencias, esto dependerá del tipo de agente contaminante (físico, químico, biológico, etc.) como del elemento o componente (agua, aire, suelo, flora, o fauna) del ambiente perjudicado. La contaminación ambiental también tiene repercusiones a nivel jurídico, toda vez que al afectar las bases de nuestra propia existencia y repercute en el ejercicio de los demás derechos fundamentales, (como por ejemplo el derecho a la vida, a la salud, a un ambiente sano y equilibrado); y, por tanto, en nuestra calidad de vida.

El ambiente como bien jurídico protegido autónomo, y al ser un interés y un valor fundamental para el desarrollo del individuo dentro de la sociedad, merece también la protección del Derecho Penal. Motivo por el cual, la mayoría de países del mundo han

incorporado dentro de sus códigos punitivos los delitos ambientales, teniendo como su figura básica al delito de contaminación del ambiente.

Por su parte, el legislador peruano ha incorporado el delito de contaminación del ambiente en el artículo 304° del Título XIII del Código Penal - Delitos Ambientales – cuya estructura típica aborda no solo elementos de tipo jurídico, sino también, y sobre todo, está conformado por elementos de naturaleza técnica. Para ello, la estructura típica ha sido elaborado bajo la técnica legislativa de la Ley Penal en Blanco, o conocida también como la Técnica del reenvío, que a groso modo significa, que dentro de una investigación penal la formalización de la denuncia penal, depende de un requisito de procedibilidad (extrapenal), sin el cual el Fiscal no puede Formalizar denuncia penal, condicionando el envío a la vía jurisdiccional para que pueda ser sancionado penalmente. Sin embargo, la solución jurídico penal no pasa simplemente por la creación de figuras delictivas, sino, que estas sean eficaces en su aplicación, y así cumplir con la finalidad preventiva especial y general de la pena, para lo cual se tendrán que elaborar con una adecuada técnica legislativa, de manera tal que sean operativas. Por ello, el uso de la ley penal en blanco en el delito de contaminación del ambiente, a través del requisito de procedibilidad, tiene consecuencias jurídicas que se ven reflejadas en un simbolismo del Derecho Penal en la protección penal del ambiente.

En este sentido, la investigación comprende las consecuencias jurídicas que tiene el uso de la técnica legislativa de la ley penal en blanco, en el delito de contaminación del ambiente, para la protección penal del ambiente, las cuales afectan su eficacia. La investigación se limitará al estudio de la figura básica de los delitos ambientales, que es el delito de contaminación del ambiente, que se encuentra tipificado en el artículo 304 del Código Penal peruano.

1.1.2 Descripción del problema

El Estado, con la finalidad de ejercer su *ius puniendi*, desde hace algunos años creó organismos especializados en la investigación (a cargo de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental - FEMA) y sanción penal (a cargo de los Juzgados Especializados en Materia Ambiental) de los delitos ambientales. En el caso del Distrito Fiscal de Cajamarca cuenta con estos organismos especializados cuya función es única y exclusivamente la investigación de los delitos ambientales tipificados en el Título XIII del Código Penal peruano. Sin embargo, pese a que las conductas delictivas son cada vez más frecuentes y más graves, y aun teniendo organismos especializados en la investigación y sanción de los delitos ambientales, aún persiste la impunidad ambiental, es decir, las denuncias que se presentan no logran concluir con una sanción penal, para los que atentan contra el ambiente.

Consideramos, que gran parte de este problema es por la técnica legislativa que ha utilizado el legislador para la tipificación del delito de contaminación del ambiente, contemplado en el artículo 304 del Código Penal, el mismo que para su configuración depende de un requisito de procedibilidad de carácter obligatorio que limita a investigación. La escasa sanción penal por el delito de contaminación del ambiente, evidencia lo que en la doctrina se suele llamar el “Simbolismo del Derecho Penal en la protección del ambiente”, que no es otra cosa que la ineficacia de la norma penal ambiental para prevenir y sancionar las conductas delictivas contra el medio ambiente.

1.1.3 Formulación del problema

¿Cuáles son las principales consecuencias jurídicas que genera la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco en la aplicación del delito de contaminación del ambiente tipificado en el artículo 304 del Código Penal peruano?

1.2 Justificación

1.2.1 Justificación científica

Sobre la investigación jurídica Zamudio (1995) señala que es la actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas, adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aun cuando formalmente parezca anticuado. (p. 416)

El gran problema que se presenta actualmente con la protección del medio ambiente, es que las normas jurídicas destinadas a su protección no se cumplen en la práctica. Este es un problema general del acceso a la justicia ambiental, y de manera particular en el caso de la protección penal del bien jurídico ambiente, las conductas que vulneran los intereses y valores ambientales no están siendo sancionadas penalmente, convirtiéndose las normas penales ambientales en simples buenas intenciones.

Gran parte de esta problemática tiene que ver con el bien jurídico protegido, cuya naturaleza es eminentemente colectiva, y para la cual se han diseñado estructuras típicas que no están acorde con el bien jurídico que protegen. En el caso del delito de contaminación del ambiente se ha optado por su tipificación en base al uso de la ley penal en blanco, sustentado básicamente por, supuestamente por ser el mecanismo más idóneo para este ámbito del Derecho Penal, dada su complejidad. Sin embargo, la casuística señala otra cosa, y es que las denuncias presentadas en defensa el medio ambiente, terminan archivadas por no reunir los requisitos para la configuración del tipo.

La presente investigación abordará esta problemática de la ineficacia del Derecho Penal ambiental a partir de la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco en el delito de contaminación del ambiente, tipificado en el artículo 304 del Código Penal peruano, y en qué medida vulnera el principio de legalidad, el fin de prevención de la pena, la facultad discrecional del Fiscal (como titular de la acción penal) o del Juez respecto de la investigación y sanción penal de las conductas delictivas contra el ambiente.

1.2.2 Justificación práctica

Las razones que nos motivan a emprender la investigación sobre este tema, es por la constante preocupación por la conservación del medio ambiente y en la cual el Derecho como instrumento para la búsqueda de la paz y la justicia social, debe jugar un papel muy importante en su protección.

La investigación es novedosa en tanto y en cuanto no se han realizado estudios acerca del tema y de otro lado porque, hoy en día la protección del medio ambiente, se ha convertido en prioridad para el Estado quien deberá de implementar políticas criminales eficaces en la lucha contra la criminalidad ambiental, replanteando la técnica legislativa adoptada para la tipificación del delito de contaminación del ambiente, lo que se debe de llevar a cabo con el fortalecimiento de la institucionalidad en la lucha contra la criminalidad ambiental.

Lo que se pretende es contribuir a la solución de la problemática que se presenta en el acceso a la justicia penal ambiental, tras la evidente inoperatividad y falta de sanciones penales ejemplares que reduzcan la criminalidad ambiental.

El presente trabajo de investigación será de gran utilidad porque dará apertura al planteamiento de nuevas fórmulas en la tipificación del delito de contaminación del ambiente, buscando la coherencia con el bien jurídico protegido. Asimismo, abrirá paso a que se realicen nuevas investigaciones, sobre nuestro tema, y así se promuevan nuevas propuestas legislativas para garantizar la vigencia del derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado, a través de un derecho penal ambiental eficaz. Los beneficios que se obtendrán son de orden teórico y práctico, pues permitirá a los operadores jurídicos (jueces, fiscales especializados, abogados) tener más luces para poder resolver un caso concreto.

1.3 Delimitación de la investigación

Por el tipo de investigación no tenemos una delimitación espacial y/o temporal; sin embargo, debemos precisar que de manera referencial se analizó carpetas fiscales y datos estadísticos (sobre todo para determinar la ineficacia del tipo penal, prescrito en el artículo 304 del CP) sobre investigaciones por el delito de contaminación del ambiente, llevadas a cabo en el Distrito Fiscal de Cajamarca, durante los años 2015 y 2016, con la finalidad de determinar el número de casos en los que se formuló denuncia penal por el tipo penal de contaminación del ambiente y cuantos fueron los casos en los que se derivó a la vía jurisdiccional para la sanción penal correspondiente.

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo General

Determinar las principales consecuencias jurídicas que genera la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco en la aplicación del delito de contaminación del ambiente, tipificado en el artículo 304 del Código Penal peruano.

1.4.2 Objetivos específicos

- a.** Determinar la afectación al principio de legalidad por la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco – requisito de procedibilidad - en la tipificación del delito de contaminación del ambiente.
- b.** Analizar el cumplimiento de la función preventiva de la pena en la aplicación del delito de contaminación del ambiente como un tipo penal en blanco.
- c.** Demostrar en qué medida la técnica legislativa de la ley penal en blanco afecta el ejercicio de la titularidad de la acción penal.
- d.** Explicar las implicancias de la ley penal en blanco en la eficacia de la aplicación del delito de contaminación del ambiente para la protección penal del ambiente.
- e.** Diseñar una propuesta normativa para la modificación del artículo 304 del Código Penal peruano.

1.5 Hipótesis

Las principales consecuencias jurídicas que genera la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco – requisito de procedibilidad - en la aplicación del delito de contaminación del ambiente son:

- a.** Vulneración al principio de legalidad.
- b.** Incumplimiento de la función preventiva de la pena.
- c.** Vulneración a la atribución constitucional y legal del ejercicio de la titularidad de la acción penal.
- d.** Afectación a la eficacia del delito de contaminación del ambiente en la protección penal del ambiente.

1.6 Diseño de la Investigación

1.6.1 Investigación Descriptiva

Se analizó la eficacia de la protección penal del ambiente a partir del análisis de la aplicación del delito de contaminación del ambiente bajo la fórmula de la ley penal en blanco, para comprender las consecuencias jurídicas del requisito de procedibilidad que se ha establecido para este tipo penal.

Toda vez que en un inicio se describe el uso de la técnica legislativa de la ley penal en blanco en el delito de contaminación del ambiente a partir de la revisión de las investigaciones (casos) que se han realizado por este delito. A partir de ello analiza la relación entre la aplicación del delito de contaminación y la técnica legislativa de la ley penal en blanco (requisito de procedibilidad) y su eficacia en la protección penal del ambiente.

1.6.2 Investigación Explicativa

De acuerdo a la profundización del objeto de estudio, es una investigación explicativa, pues a partir del estudio de la técnica legislativa de la ley penal en blanco, se explica las principales consecuencias jurídicas que genera la aplicación del delito de contaminación del ambiente, como es la ineficacia de la norma penal ambiental, la afectación al principio de legalidad, la afectación al ejercicio de la acción penal y el incumplimiento de los fines de la pena en la protección penal del ambiente.

1.6.3 Investigación jurídico propositiva

En las investigaciones jurídico propositivas lo que se busca es que a partir de un estudio del problema, el investigador diseñe una propuesta de reforma a la regulación jurídico normativa existente para solucionar el problema de investigación. Se caracterizan por

la formulación de una propuesta de modificación, derogación o creación de una norma jurídica.

En nuestro caso, lo que hacemos en la presente investigación es analizar y evaluar las fallas de la norma penal ambiental en la protección penal del ambiente, tanto en su estructura como en su eficacia; con la finalidad de proponer, recomendar y aportar posibles soluciones, bajo la propuesta de una modificación del tipo penal; y como se dijo, teniendo como presupuestos los defectos de la norma penal vigente.

Nuestra investigación culminará con una proposición de una reforma del artículo 304 del Código Penal que tipifica el delito de contaminación del ambiente.

1.7 Métodos de investigación

Método se deriva del griego *meta*: hacia; y *odos*: camino, por tanto, método significa el camino más adecuado para lograr un fin. Es el conjunto de procedimientos lógicos que se sigue para plantear problemas científicos, para probar hipótesis y los instrumentos de trabajo investigados. En suma, método al conjunto de pasos que se siguen de manera ordenada para obtener un nuevo conocimiento científico. Álvarez (2002) afirma que: “Históricamente se ha concebido al método como la vía para alcanzar una meta, es decir un conjunto de procedimientos que permitan investigar y obtener el conocimiento” (p.28). En la presente investigación hemos utilizado los siguientes métodos.

1.7.1 Método Generales

a. Método inductivo

Sobre este método Padrón (1992) señala: “El conocimiento obtenido inductivamente es aquél que se fundamenta en

generalizaciones progresivas partiendo de los casos singulares”. La investigación parte del estudio de casos particulares para luego extender las conclusiones a casos generales. Estudiamos de manera referencial los casos más relevantes sobre investigaciones por delito de contaminación del ambiente, para poder determinar en cuantas de estas investigaciones se formularon denuncia penal.

Utilizamos este método en la presente investigación para analizar las investigaciones por delito de contaminación del ambiente llevadas a cabo por la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental. Esto nos permitirá determinar en qué medida el uso de la técnica legislativa de la ley penal en blanco - bajo la exigencia del informe de la autoridad ambiental como requisito de procedibilidad - tiene relación con la falta de sanción penal contra las conductas delictivas contra el medio ambiente.

b. Método analítico

Sobre el método analítico Ruiz (2007) afirma que: “El Método analítico es aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. Es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías” (p.132). En resumen, el método analítico nos permite descomponer los elementos objetivos y subjetivos de los cuales está compuesto el tipo penal de contaminación del ambiente, así como analizar

la técnica legislativa de la ley penal en blanco lo que nos permite evidenciar las consecuencias jurídicas de la aplicación del delito de contaminación del ambiente como un tipo penal en blanco.

1.7.2 Métodos de investigación jurídica

a. Método dogmático

El uso del método dogmático en la investigación jurídica tiene por objeto la norma. Y se caracteriza por la interpretación de la ley. Se centra en la norma y el valor. Utilizamos la lógica para el estudio del complejo sistema formal del cual está compuesto el tipo penal contemplado en el artículo 304° del Código Penal, y la manera cómo se está aplicando para resolver casos concretos. Utilizamos este método al momento de interpretar la norma penal ambiental, en el marco de la aplicación de los principios clásicos del derecho penal, como son el principio de última ratio, principio de lesividad, principio de subsidiariedad y el principio de legalidad.

b. Método hermenéutico.

Por este método se hace referencia a la interpretación del Derecho. La aplicación de este método se encamina a descubrir, hallar contradicciones, deficiencias, omisiones entre las normas o el sistema jurídico; se caracteriza por el análisis a partir de la vía inductiva. Este método se aplica en la doctrina y la jurisprudencia. En la jurisprudencia con base en la solución de casos concretos. En la doctrina, entendida como los estudios técnicos y teorías de los especialistas en las distintas ramas del Derecho.

En la presente investigación, se realiza una interpretación del delito de contaminación del ambiente a partir de los estudios y teorías que se han realizado sobre la protección penal del ambiente. Asimismo, se hace referencia a los casos que han sido investigados, lo cual nos permitirá comprender el requisito de procedibilidad contemplado para el delito de contaminación del ambiente, a través de la aplicación de la técnica legislativa de la ley penal en blanco.

Este método nos permite estudiar el artículo 304° del Código Penal, buscando el origen etimológico de los verbos rectores y de los elementos de los que se compone la norma penal ambiental. Es decir, interpretamos la disposición normativa en base a las palabras de las que se compone, buscando interpretar el sentido o significado de los elementos normativos y descriptivos de los que se compone el tipo penal de contaminación del ambiente.

1.8 Técnicas e instrumentos de recopilación de información

1.8.1 Técnicas de investigación

Entiéndase por técnicas a los mecanismos o medios a ser utilizados a fin de recolectar, analizar y transmitir los datos del fenómeno de estudio. Es decir, son las estrategias que utilizamos para llevar a cabo la recopilación de la información y ejecutar nuestro método de investigación.

1.8.2 Técnica de análisis documental

Esta técnica nos permite la recopilación de información para desarrollar las teorías que sostienen nuestro estudio. Esta técnica nos permita la revisión de la información bibliográfica (doctrina nacional y extranjera) que son incorporadas en el marco teórico, que nos ha permitido fundamentar y complementar nuestra

investigación con el aporte de autores que han escrito sobre el objeto de la investigación. Las fuentes documentales consultadas son:

- a. **Documentales:** documentos impresos, de referencia (enciclopedias, diccionarios, guías), de estudio (tratados, manuales, libros tesis), publicaciones (revistas, periódicos, folletos)
- b. **Iconográficas:** proyectables, como diapositivas, sobre exposiciones sobre delitos ambientales.
- c. **Magnéticas:** como equipos de cómputo, CD-ROM

1.8.3 Técnica del fichaje

Nos permita recoger ideas, datos y organizarlos de tal manera que sea una fuente permanente de información para el desarrollo de nuestra investigación. Como instrumentos se usarán:

- a. **Fichas textuales:** permite organizar la información más relevante que es el sustento de la investigación.
- b. **Fichas bibliográficas:** permite organizar la bibliografía que es el sustento de nuestro marco teórico.
- c. **Fichas de resumen:** que ha permitido incluir los aspectos más relevantes de la bibliografía consultada.
- d. **Fichas de comentarios:** respecto de los aportes de los autores que han escrito sobre nuestro tema de investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

Sobre la inoperancia o ineficacia del Derecho Penal Ambiental en la protección del bien jurídico ambiente, encontramos la investigación realizada por Uliana María Cano y Rosa Germán Erasso Camachco (2004), en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, titulada “El papel del Derecho Penal en la tutela del ambiente”, en donde concluye: “En Colombia existe una legislación ambiental que consta de principios y normas constitucionales, disposiciones dictadas sobre la materia (leyes, decretos, reglamentos, entre otras) tratados y convenios internacionales suscritos por el gobierno y aprobados por el Congreso. No obstante, la existencia de esta legislación, su gran extensión y dispersión dificultan el conocimiento de cada una de las leyes en particular y consecuentemente la correcta aplicación de estas a cada caso. Así mismo, parte de la legislación vigente se muestra desactualizada (...), lo que implica su inoperancia ante la problemática ambiental actual. Aunque en el Código Penal aparecen tipificadas las conductas que atentan contra el ambiente, y continuamente se realizan estas conductas, no se sanciona a los responsables”. (p.142)

Sobre la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco en la protección penal del ambiente, encontramos la tesis doctoral realizada en la Universidad Carlos III de Madrid, por Balbuena (2012) titulada: “Alcance de la protección de los sistemas naturales y las bases naturales de la vida humana. Análisis de la legislación española y paraguaya”, en donde concluye: “La accesoriadad relativa del Derecho penal al Derecho administrativo, en la protección del medio ambiente, no sólo se concreta por medio de la vinculación y remisión a las normas y leyes administrativas, sino también por la concurrencia de actos

administrativos, que llegan a ser valorados como elementos normativos del tipo que completan la norma penal en blanco. La 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. En el fondo de la remisión de la norma penal a la norma administrativa subyace el análisis de la existencia o no de autorización administrativa, lo que nos conduce finalmente a la accesoriedad de acto”. (p. 477)

Del mismo modo, sobre la afectación al principio de legalidad y de seguridad jurídica en la utilización de la ley penal en blanco, encontramos la tesis doctoral realizada en la Universidad Complutense de Madrid, por Rodríguez (2015), titulada “Justificación y necesidad de la tutela jurídico penal del medio ambiente en el derecho de la Unión Europea y en el derecho español”; en donde concluye: “El uso de las leyes penales en blanco también plantea la posible vulneración de principio de seguridad jurídica. No obstante, el Tribunal Constitucional resuelve este problema en su sentencia 181/2008, exigiendo, para la admisibilidad de una ley penal en blanco, que la norma a que ésta remite y que va a ser finalmente la aplicada sea clara, precisa y taxativa, proscribiendo los supuestos en que aquella resulte imprecisa o indeterminada. (...) El delito contra el medio ambiente recogido en el art. 325 de nuestro Código Penal constituye un claro ejemplo de norma penal en blanco. La problemática específica de los delitos medioambientales como leyes penales en blanco plantea las mismas cuestiones de posible vulneración de los principios de legalidad, seguridad jurídica”. (p. 481-482)

En ese mismo sentido, sobre las conveniencias o la vulneración del principio de legalidad en el uso de la técnica legislativa de la ley penal en blanco, encontramos a Zúñiga (2011), quien señala que: “La reacción a las debilidades del uso de las normas penales en blanco, ha dado paso

a la propuesta de una nueva técnica legislativa dada – en criterio de algunos, la demostrada disfuncionalidad que estos tipos penales provocan en la tutela de bienes jurídicos. Así, Mestre Delgado, por ejemplo, sugiere dos vías alternativas: 1) Concretar en cada uno de estos tipos los elementos que constituyen la esencia del ilícito punible; o, 2) Superación de la naturaleza subsidiaria del Derecho penal: remisión al derecho administrativo sancionador. También un sector importante de la doctrina se muestra contrario al uso sólo de determinadas estructuras de remisión, como las denominadas remisiones en bloque. Otros en cambio, sólo aceptan el empleo de las normas penales en blanco cuando provoquen efectos “des-incriminadores”, en respeto precisamente del principio de legalidad. Debe además tener presente el lector, que la profundización en la revisión interpretativa de las leyes penales en blanco no es tarea fácil, exenta de escollos. Deberá considerar que en un buen número de casos la propia legislación extrapenal no facilitará la función de selección cualitativa de los preceptos complementarios del tipo penal y, en otros casos, el propio reenvío a la normativa complementadora puede ser objeto de interpretaciones distorsionadoras de la estructura típica del delito en cuestión. Y que para desilusión de quienes defienden a los “padres de la patria” esta técnica de instrumentalización legislativa es producto en muchas veces, de la simple pereza o deseo de dejar en manos de la potestad reglamentaria determinados intereses, óptica desde la cual desapruuebo en absoluto el uso de este recurso”. (p. 179-180)

Sin embargo, hay quienes opinan a favor del uso de la técnica legislativa de la ley penal en blanco. Así Reyna (2011) la justifica, dada la complejidad del sistema jurídico. En este sentido, menciona: “En principio, según entiendo, las normas penales en blanco no afectan, en especial, el Principio de Legalidad; salvo aquellos casos en que la norma extrapenal, integrante de la norma punitiva, describa la prohibición de manera difusa, afectando la certeza de la ley lo que, como resulta evidente, es posible que ocurra también en las leyes que recurren al

reenvío. No se puede, por ende, hablar de una singular afectación al Principio de Legalidad a través de las normas penales en blanco. Es menester, por otro lado precisar que nuestra toma de postura no está basada en aspectos utilitarios o de eficacia y es que si bien resulta ser la solución normativa adecuada para la represión de comportamientos de extrema complejidad, en la medida que permite la adaptación de la norma a los cambios de índole social y técnico, nos encontramos convencidos de que el empleo de la referida técnica legislativa mantiene indemne el Principio de Legalidad pues, como afirman Muñoz Conde y García Aran, "la norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquier otra. Desde un punto de vista estructural la norma penal en blanco no plantea, por consiguiente, especiales dificultades, el supuesto de hecho consignado en la norma extrapenal pertenece a la norma penal, integrándola o completándola". (p.327)

Asimismo sobre la ineficacia del derecho penal ambiental en la protección del medio ambiente, y la problemática que genera su protección, encontramos a Matus, Orellana, Castillo y Ramírez, (2003) quienes señalan: "Y ante la crítica de una cierta ineficacia del derecho penal ambiental para prevenir y castigar sucesos de gran contaminación, de entrada puede replicarse que lo mismo habría que criticar al Derecho Administrativo ambiental, y que, por tanto, ello no se opone seriamente a la "unánime opinión que considera imprescindible una protección penal del medio ambiente más extensa y eficaz". Además, no deja de ser cierto que esas críticas, provienen en España de la defectuosa técnica legislativa que allí se emplea (la indeterminada remisión a las "normas generales reguladoras del medio ambiente"), y en Alemania, de las orientaciones de los órganos de persecución, donde en la práctica, los procesos parecen haberse dirigido más hacia delitos de bagatela que contra los "grandes" agentes contaminadores, y el recurso a la exclusión de la pena (abstención de condena) ha provocado muy dispares sentencias. En este aspecto, es importante destacar la perspectiva pragmática de la experiencia norteamericana donde, junto con hacer

hincapié en la protección penal del sistema administrativo de gestión ambiental mediante delitos formales de muy larga tradición jurídica (presentación de documentos falsos, etc.), para una adecuada persecución de los delitos de peligro de contaminación o de grave contaminación se han tomado seriamente en cuenta las necesidades logísticas que requiere un programa criminal ambiental exitoso, particularmente en el ámbito de la investigación y el análisis de evidencia, donde la capacidad instalada en personal y laboratorios especializados se han mostrado imprescindibles para la prueba del hecho punible”.

2.2 Enfoque multidisciplinario de la protección penal del ambiente

2.2.1 Concepción holística del objeto de estudio

La palabra holismo proviene del griego *holos* = totalidad. Es una concepción que parte del todo para captar sus componentes y su relación entre sus partes con el todo. Es una manera de abordar la realidad considerando un todo parte de un todo mayor y que existe una correspondencia entre ambas. Por ello, consideramos que la problemática que se da en la protección penal del ambiente, tiene que ser analizados con otros elementos de tipo social, económico, político, criminológico, jurídico que tiene que ver con otro problema aun mayor que es la problemática de la contaminación ambiental y el paradigma de hoy en día: el desarrollo sostenible.

Nuestra investigación parte de una concepción *holística* de nuestro objeto de estudio, asumiendo que el tratamiento de la problemática ambiental en general y de la problemática de la protección penal del ambiente, en especial, requiere de una visión interinstitucional, interdisciplinaria y multidisciplinaria de esa relación básica y dinámica hombre – naturaleza, y en base a la

cual se llevan desarrollan las diversas actividades de orden social, económico, político, tecnológico y cultural.

2.2.2 La problemática ambiental y su solución a partir de un enfoque multidisciplinario

Partiendo de una concepción holística, debe señalarse que la problemática de la aplicación del delito de contaminación del ambiente, se enmarca dentro de un problema mucho más global, que es la contaminación del ambiente en general, que a su vez, tiene su origen en la propia naturaleza del hombre y su relación con su entorno y su percepción que tiene sobre ella, la misma que se sustenta en una escala de valores que le son dados por el sistema de valores imperantes en la sociedad, que en última instancia define el prisma bajo el cual visualiza y define el comportamiento del hombre con su entorno.

Efectivamente, abordar el problema de la contaminación del ambiente, es abordar el problema de esa relación básica, dinámica, dialéctica, especial entre el hombre y su entorno; pues en el medio ambiente se llevan a cabo una diversidad de relaciones de carácter social, político, educativo, económicos, filosóficos, etc.; lo que evidencia que el problema requiere de un análisis no meramente jurídico o técnico, sino, además, filosófico. Pues, detrás de los comportamientos delictivos contra el ambiente, se encuentra precisamente ese enfoque de la realidad hombre – naturaleza, es decir, de la manera cómo es que el hombre percibe e interactúa con su medio, que dependerá en gran medida de los valores que guían nuestro comportamiento.

Sirve entonces, para la presente investigación realizar un análisis de cómo es que el hombre ha influenciado y modificado su entorno para satisfacer sus propias necesidades; pues

históricamente el hombre ha tratado de satisfacer sus necesidades en función a su influencia en la naturaleza, lo que con el devenir del tiempo ha traído consigo la devastación y deterioro de nuestro recursos naturales, colocando a nuestro planeta en condiciones desfavorables para la supervivencia de muchas especies, a tal punto que algunas de ellas se han exterminado, poniendo en riesgo, incluso, la supervivencia del ser humano.

En el ambiente se desarrollan complejas relaciones entre los seres vivos y su medio, los ecosistemas sufren modificaciones, las especies de flora y fauna se van extinguiendo por la contaminación masiva del agua, del suelo y del aire. El hombre en ese afán de conquistar la naturaleza para satisfacer sus necesidades, toma decisiones de tipo político, económico, jurídico, técnico que muchas de las veces son desacertadas y que no hacen otra cosa, que ir contra la naturaleza; es decir, no existe una explotación racional de nuestros recursos naturales. En este sentido, la solución al problema no es un asunto exclusivo de las ciencias naturales, requiere además que estas decisiones se ensamblen con decisiones políticas y se tomen medidas teniendo en cuenta un enfoque multidisciplinario. Solo un enfoque que tomen en cuenta la coordinación y cooperación de los marcos conceptuales entre las diferentes disciplinas permitirá enfrentar con éxito este problema tan complejo. Por ello, el gran paradigma de hoy en día es el desarrollo sostenible, que busca establecer un equilibrio entre los aspectos sociales, económicos y ambientales. Por tanto, las acciones que se tomen, las estrategias que se elaboren, las políticas ambientales que desarrollen en el ámbito local, regional, nacional, deberán tener en cuenta este gran paradigma de sostenibilidad.

En la actualidad, en el ámbito jurídico penal, se trata de combatir la criminalidad ambiental, cuando no contamos con una política criminal ambiental. La actuación del Estado en la lucha contra la delincuencia ambiental no se sostiene en una política criminal ambiental, que se acople o se inserte mínimamente en la política nacional ambiental y otras políticas sectoriales como del sector salud, energía y minas, recursos hídricos, agricultura, etc., además de las políticas en materia ambiental que son elaboradas por los Gobiernos Locales y los Gobiernos Regionales. Todo ello, nos permite concluir que la solución a los problemas que afectan al medio ambiente y que se traducen como contaminación, reviste un análisis, además de técnico, un análisis jurídico, sociológico, filosófico y metodológico que permitan comprender al mundo como un proceso complejo y dinámico.

2.2.3 La protección del ambiente como base esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales

La conservación y la protección jurídica del ambiente es de vital importancia, en un contexto en que la relación hombre - naturaleza se ha visto desgastada; donde el primero busca su hegemonía sobre la segunda, y en donde la segunda, en una suerte de reacción responde de manera natural produciéndose lo que hoy en día conocemos como el fenómeno del cambio climático, cuyas causas son sobre todo antropogénicas, y cuyas consecuencias ya estamos padeciendo y que es altamente probable que se acentúen con el paso del tiempo. En este escenario, nace la dicotomía del deber – derecho, en relación al cuidado y protección de nuestro ambiente. Obviamente que resulta mucho más fácil reclamar un derecho o exigir que este se cumpla o se respete. Pero la protección del ambiente no solo es un *derecho*, sino también, es un *deber*, y ahí nace precisamente la resistencia a cumplir con nuestro deber de cuidado y protección

del ambiente. Y esto está íntimamente vinculado a nuestra percepción del medio, a ese conjunto de valores que define nuestra actuación con nuestro entorno en el que ejercemos nuestros derechos y cumplimos nuestros deberes.

No cabe duda que el medio ambiente es la plataforma fundamental en la que los derechos fundamentales y las libertades constitucionales se ejercen y se exigen. No se puede hablar del respecto de la dignidad de la persona humana si es que correlativamente con nuestras conductas afectamos esa plataforma base del ejercicio digno de los demás derechos fundamentales. En este sentido, el derecho a la vida, el derecho a la salud (por mencionar solo algunos) no se puede ejercer dignamente en un medio altamente contaminado, en donde el hombre no tiene en cuenta que la naturaleza tiene límites que tiene que respetar, porque de lo contrario sufrirá las consecuencias.

La actividad delictual ambiental socaba los cimientos de esa plataforma esencial y básica en donde la persona humana tiene que desarrollarse dignamente, ejerciendo sus derechos fundamentales con plenitud. Por tanto, cuando el Derecho penal no responde de manera eficaz y oportuna en la protección del ambiente, pasa a formar parte del problema y no se constituye como una solución a la prevención o represión de los delitos ambientales; pues no estaría respondiendo a esa finalidad que tienen el derecho y el proceso penal en general que es la solución de los conflictos en busca de la paz social. Por ello, existe una íntima relación entre la protección del ambiente y la finalidad que tiene el Estado de proteger a la persona humana como fin supremo. Si el *ius puniendi* del Estado es ineficaz en la protección penal del ambiente, implica que no está cumpliendo con sus deberes constitucionales, y por tanto, está minando las propias

bases de su existencia. Pues no está garantizando que nuestros derechos humanos se ejerzan en un medio ambiente digno para el desarrollo de la vida. En consecuencia, se debe buscar mecanismos eficaces para la aplicación de los delitos ambientales y que estos no sean meros tipos penales simbólicos sin ninguna eficacia en la práctica.

2.2.4 Ausencia de una Política Criminal Ambiental en el Perú y sus implicancias en la protección penal del ambiente.

Para hacer frente a la criminalidad ambiental, se tiene que tener en cuenta dos aspectos que deben de estar claramente definidos, para que sean coherentes y óptimos. En primer lugar, el aspecto normativo, donde se recoge las valoraciones sociológicas, proyectando la penalización o despenalización de una conducta, dando contenido al código punitivo; lo que implica la sanción del Derecho positivo vigente, (Derecho penal). En segundo lugar, un aspecto valorativo, significa la articulación de todos aquellos medios, instrumentos, herramientas, instituciones y otros, que emplea el Estado, para posibilitar que el Derecho penal alcance sus objetivos primordiales, (Política Criminal). Por ello, la política criminal comprende principios, basados en la investigación sobre las causas del delito y la eficacia de la sanción penal, en virtud a los cuales el Estado debe afrontar la lucha contra el delito.

Sobre la política criminal Muñoz (1996) señala que “es aquella ciencia social, que se orienta y encamina a la formulación positiva, una lucha adecuada y eficaz contra la criminalidad, de arreglo con el principio de legalidad y de las instituciones encargadas funcionalmente de ejecutarla. La conflictividad social producida por el delito demanda una reacción del Estado a partir de razones de justicia y de utilidad, una conducta que pone en peligro los principios mínimos de convivencia social, estos factores

normativos o de justicia; y otros factores empíricos o de utilidad, juntos constituyen la política criminal, es decir, las pautas a tener en cuenta por el legislador, en el proceso criminalizador” (p, 206)

De las definiciones expuestas, podemos señalar que la política criminal comprende tanto el momento de la comisión del delito como el antes (prevención del delito) y el después (aplicación y ejecución de penas y medidas de seguridad). Por ello, la importancia de establecer una política criminal ambiental con la finalidad de tratar la criminalidad ambiental de manera coherente e integrada que comprenda la prevención y sanción de los delitos ambientales con una técnica legislativa adecuada en la tipificación de los delitos ambientales. La tipificación de los delitos ambientales, y en especial el delito de contaminación del ambiente, requiere de conocimientos técnicos ambientales especiales que se tiene que complementar con los conocimientos de Derecho penal, Derecho Ambiental y Ciencias Naturales. Y es que en materia de Derecho Penal Ambiental es indispensable tener conocimientos amplios y rigurosos respecto de la dogmática penal, pues la complejidad técnica de los delitos ambientales y sus elementos normativos así lo requieren. Es el caso del análisis de la problemática del uso de la ley penal en blanco en el delito de contaminación del ambiente, en el que se cuestiona su constitucionalidad y su vulneración al principio de legalidad y su eficacia al momento de su aplicación.

Es importante que exista una estrecha relación entre dogmática penal y política criminal, para una adecuada estructuración de los tipos penales, y sobre todo, en los delitos ambientales en los que su estructura típica es altamente compleja y tecnificada. Sobre dogmática penal, Roxin (1992) señala que: “Es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de

los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del Derecho Penal” (p, 35).

En el caso de los delitos ambientales, estos están redactados con un alto contenido técnico ambiental, de ahí su redacción compleja; por ello es necesario contar con una dogmática penal adecuada y herramientas doctrinarias, que permitan una adecuada interpretación y alcance de los tipos penales ambientales. Asimismo, es necesario que exista un adecuado marco legal administrativo ambiental sectorial, dada la accesoriad administrativa en materia de protección penal del ambiente. Sobre la dogmática penal, Ibarra (2008) señala que “La dogmática penal y las aportaciones doctrinarias, pueden permitir, en el plano práctico, importantes ventajas, como puede ser la formulación de un pliego de consignación apegándose a una estructura técnica, lo cual facilitará tanto la integración de una averiguación previa fundamentada y motivada, como el cabal, eficaz y pronto entendimiento por parte de los Jueces Penales” (p, 165).

En el contexto actual, es necesario y urgente la implementación de una política criminal ambiental para la creación y fortalecimiento de una importante y efectiva justicia penal ambiental en el Perú, con la finalidad de obtener una protección penal eficaz del medio ambiente. Su justificación radica en razones de orden técnico ambiental como de orden jurídico, pues por el primero, por su eminente relación con la normatividad administrativa, y por el segundo, pues el Derecho penal no puede ser simplemente un simbolismo en materia penal ambiental, como está sucediendo en la actualidad, donde la criminalidad ambiental ha superado a la reacción del Estado, en donde este último se muestra inoperante e ineficaz en la protección del medio ambiente.

Efectivamente, la justificación de la implementación de una política criminal ambiental, es que permitirá una coordinación y coherencia a la actuación de los diferentes actores (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) involucrados en la investigación y sanción de los delitos ambientales, lo que permitirá efectividad en la lucha contra la impunidad ambiental imperante en nuestros días.

Una política criminal ambiental permitirá establecer lineamientos, mecanismos, instrumentos que permitan una coordinación entre las diferentes instituciones (del nivel local, regional y nacional) involucradas en la protección del ambiente, con la finalidad de uniformar criterios respecto de la aplicación de la norma penal ambiental (en especial el delito de contaminación del ambiente, que es materia de nuestra investigación). Sobre la necesidad de contar con una política criminal ambiental, Tripp (1998) señala que: “Es imperativo establecer los mecanismos que permitan una verdadera coordinación entre los diferentes niveles de gobierno, con el propósito de establecer líneas de acción que hagan posible la aplicación de la norma penal ambiental de delitos ambientales. Es un reclamo social, una exigencia de los ciudadanos que dotamos de legitimidad al Estado, terminar con la impunidad”. (p.91)

Por mandato constitucional el fin supremo del Estado es la defensa de la persona humana y su dignidad (Art. 1 de la Constitución), y toda persona tiene el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado (Inciso 22, Art. 2 de la Constitución), y es deber del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (Art. 44 de la Constitución). Asimismo, el Estado determina la política nacional del ambiente (Art. 66 de la Constitución), y es obligación del Estado promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (Art. 67 de la Constitución). En un escenario

constitucional como este, la elaboración y la implementación de una política criminal ambiental es necesario y urgente, sin embargo, en la actualidad no contamos con una política de esta naturaleza. En consecuencia, el Estado está incumpliendo con sus obligaciones constitucionales, en el marco de un Estado Social Democrático de Derecho, y al no implementar mecanismos para una eficaz protección penal del ambiente, se está afectando el derecho fundamental a vivir en un ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la vida.

2.3 Marco doctrinal

Nuestra investigación tiene como fundamentos teóricos doctrinarios a dos teorías básicas del Derecho Penal: 1) La teoría del delito y 2) La teoría de la pena. A continuación, desarrollamos los aspectos esenciales sobre las dos teorías, sin la intención de profundizar la discusión sobre el tema.

2.3.1 Teoría General del Delito

2.3.1.1 Concepto

La teoría del delito es un sistema que comprende los diferentes elementos comunes del delito, por tanto, no se ocupa de los elementos de cada delito, sino de las características básicas de todos los delitos, a partir de los cuales se realiza una graduación. Al respecto el maestro Bacigalupo (1984) señala que: “Es un instrumento conceptual que tiene por finalidad permitir una aplicación racional de la ley a un caso; como tal, pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías”. (p.143)

En el caso del delito de contaminación del ambiente, tipificado en el artículo 304 del Código Penal, analizaremos los elementos de los que se compone y su técnica de tipificación en el que utiliza el requisito de procedibilidad del informe técnico previo, que ha utilizado el legislador y sus consecuencias jurídicas penales para la aplicación de una medida de seguridad o una pena.

2.3.1.2 Función de la Teoría del Delito

La teoría del delito cumple una función interpretativa y como método para la solución de casos concretos. Sobre el particular Peña Cabrera (2011), señala lo siguiente: “La teoría del delito cumple un rol fundamental: primero, como criterio interpretativo de la norma jurídico-penal, a fin de fijar la relevancia jurídico penal del comportamiento conforme a los alcances normativos del tipo penal (creación del riesgo jurídicamente desaprobado) y, segundo como método lógico-deductivo dirigido a resolver un determinado grupo de casos, como interdicción a la arbitrariedad judicial y como mecanismo garantizador del principio de igualdad” (p. 98).

Además, tiene una función académica, legislativa, científica, función social, función jurisprudencial, función político – criminal, función de garantía (el principio de legalidad garantiza la protección del ciudadano contra el ejercicio y la extinción arbitrarios del poder penal); función de seguridad jurídica.

2.3.1.3 Teoría sobre el delito

a. Teoría del Casualismo Naturalista

Se inclinan por esta teoría los maestros Frank Von Liszt y Ernst Bon Beling, y parten de la idea central de identificar a la acción en términos físicos y naturalísticos. Con razón Peña y Altamirano (2010), sobre esta teoría afirman que: Se caracteriza por concebir a la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal. Distingue las fases internas (ideación, deliberación, resolución) y externa (exteriorización, preparación, ejecución) del delito. Distingue entre elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y subjetivos (culpabilidad) del delito. El tipo se limita a elementos de carácter externo, negando la posibilidad de justificar alguna acción, cuya valoración jurídica solo puede tener cabida dentro del análisis de la antijuridicidad, y siempre desde un punto de vista objetivo. En la culpabilidad se analizan elementos subjetivos y psíquicos del agente, siendo la imputabilidad el presupuesto de esta. (p.22)

b. Teoría del Casualismo Valorativo

Edmund Mezger, es quien sostiene esta teoría, y se queda con la perspectiva axiológica de la teoría del casualismo natural. Peña y Altamirano (2010), sobre esta teoría mencionan que: Al concepto naturalístico de la acción introduce el elemento humano de la voluntad. Postula la existencia de los elementos normativos y subjetivos del tipo, con lo que se separa de la

concepción netamente objetiva estableciendo la necesidad de analizar en el tipo un contenido de valor o de intencionalidad. Se concibe a la antijuridicidad ya no sólo como una oposición formal a la norma jurídica sino además de forma material según el daño que causara a la sociedad, de donde se abre la posibilidad de graduar el injusto de acuerdo con la gravedad del daño causado y de establecer nuevas causas de justificación. La culpabilidad se considera como un juicio de reproche al autor del delito y no solamente desde el punto de vista psicológico. (p.36)

c. Teoría del Finalismo

Teoría desarrollada por Welzel. Para esta teoría la acción es considerada como una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente. Hans Welzel (2003), señala que: La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues al ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto). Distingue entre error del tipo (excluye al dolo y a la punibilidad) y el error de prohibición (elimina la conciencia de antijuridicidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado). En la antijuridicidad distingue el aspecto formal (lo contrario a la norma) y el material (lesión o puesta en peligro del bien jurídico). Desaparece el concepto de imputabilidad que es absorbido por la culpabilidad la cual consiste en un juicio de reproche. En otras palabras, Peña y Altamirano (2010) señalan queda claro que en toda acción hay una etapa objetiva y una etapa subjetiva. Se

entiende que al realizar la acción el sujeto se representa un resultado, por ello, el poder actuar de otro modo siempre está presente; en tal medida, si siendo libre decidió hacer algo incorrecto su conducta será reprochable. Como todo se dirige a la acción final, el dolo se traslada al tipo. (p.40)

d. Teoría del Funcionalismo

Funcionalismo moderado, formulado por el maestro Claus Roxin. Reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), pero con una orientación político criminal, puesto que los presupuestos de la criminalidad deben estar orientados por los fines del Derecho Penal. Señala Roxin (1997) que “la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológica previa (acción, causalidad, estructura lógico reales, etc.) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal”. (p.176) Esto significa que la teoría de los fines de la pena será la que orientará las características del sistema penal.

2.3.2 Teoría de la pena

La Pena, es el medio de coerción estatal cuya aplicación es necesaria e indispensable para mantener el orden y la convivencia en la sociedad. La pena es una necesidad en tanto y en cuanto asegura la convivencia humana en sociedad. Bramont (2000) señala que: “La pena es la disminución o anulación del bien jurídico libertad perteneciente a una persona; en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre -su libertad- pero, esto sólo se puede dar cuando

la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo.” (p.45)

En el caso de los delitos ambientales y de manera particular en el delito de contaminación del ambiente, las penas que se han establecido son no menor de cuatro ni mayor de seis; que dependiendo de la gravedad del hecho se pueden incrementar. Sin embargo, y pese a que la sociedad se ve amenazada a diarios con conductas delictivas contra el medio ambiente, existen muy pocos casos en los que se haya dictado una sentencia imponiendo una pena; lo cual evidentemente pone en tela de juicio la efectividad del derecho penal en este campo de la tutela jurídica del medio ambiente.

2.3.2.1 Teorías absolutas o retributivas

Sus representantes son Kant y Hegel. Para esta teoría, el fundamento de la pena radica en la simple retribución. Es la imposición de un mal, por el mal cometido, y ahí termina la función y fin de la pena. Esta teoría aplica el antiguo principio de la ley de talión –ojo por ojo, diente por diente. Al respecto, Kant (1998) decía que: “Si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla, antes de ello se llevara a cabo, debería ejecutarse al último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merece sus hechos” (p.12).

Por su parte Hegel (1997) señalaba que: “El delito como la “negación del derecho”, y a la pena, como la “negación de la negación”. Afirmando que la pena según el ordenamiento jurídico representa la voluntad general y niega con la pena la voluntad especial del

delincuente expresada en la lesión jurídica que queda anulada por la superioridad moral de la comunidad, descalificando la persecución de fines distintos a la mera retribución del derecho lesionado mediante la pena” (p. 202).

2.3.2.2 Teorías relativas o preventivas

Para esta teoría la pena no constituye un fin en sí misma sino un medio de prevención. Las teorías de la prevención se pueden dividir en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial. Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Su principal representante fue Feuerbach. Para quien, la finalidad de la imposición de una pena reside en la fundamentación de la efectividad de la amenaza penal, ya que sin esta amenaza quedaría inefectiva. Dado que la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, pero la ejecución debe dar efecto a la ley. Entonces la pena es como una “coacción psicológica” que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos. Las teorías de la prevención especial, ven el fin de la pena, en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, o a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad. Su principal representante, Franz Von Liszt, que consideraba al delincuente como el objeto central del Derecho Penal, y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento. El delincuente no debe volver a

delinquir, para ello se hace necesario observar una triple dimensión de la pena: intimidación, resocialización e inocuización. Fundamenta la primera en el sentido que está dirigida al delincuente como un aviso de la sanción que puede ser objeto al cometer un acto atribuido como delito. Luego, fundamenta la resocialización, en que el delincuente es susceptible de corrección mediante la educación durante el tiempo que cumple la sanción y por último precisa que la inocuización está dirigida a la anulación del delincuente habitual, con una sanción penal por tiempo indeterminado e incluso la pena de muerte.

2.3.2.3 Las teorías mixtas, eclécticas o de la unión

Estas teorías tratan de conciliar las posiciones de la retribución y de la prevención. El mérito de estas teorías es el de haber superado la parcialidad de las dos anteriores, pues, ninguna de estas dos teorías, puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, ya que, sólo fijan su atención en partes de ese fenómeno.

El artículo IX del Título Preliminar del Código Penal señala que la pena tiene fines de prevención, protección y resocialización. Por ello, el sistema penal peruano opta por la función de prevención general o especial de la pena.

Una de nuestras principales hipótesis que nos planteamos en nuestra investigación es que en el marco de esta teoría de la pena, tanto la finalidad de prevención general como especial de la pena, no se cumple en la medidas que esa corrección e intimidación, del que

habla el maestro Von Litz y a la cual se acoge nuestro código penal, no se está cumpliendo en la protección penal del ambiente, en tanto y en cuanto, no se imponen o son muy pocas las sanciones penales por comisión del delito de contaminación del ambiente. Si no se imponen penas, el mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos, no funciona, por tanto, la actividad delictual se incrementa, pues el mensaje de intimidación no llega al ciudadano en general o al delincuente de manera especial.

2.3.3 Protección penal del ambiente

2.3.3.1 Consideraciones generales

En los últimos tiempos la conservación y protección del ambiente ha pasado de ser algo secundario a ser una cuestión prioritaria en el accionar del Estado. Desde el ámbito jurídico la protección del ambiente se da en el plano constitucional, administrativo, civil y penal cada uno con las particularidades de cada disciplina. En el ámbito penal, tenemos los delitos ambientales que comprenden varios tipos penales pero la técnica legislativa adoptada en cada uno de ellos va variando de acuerdo al objeto de protección.

La protección penal del ambiente tiene particularidades que en la práctica pueden representar un obstáculo para su investigación y sanción. Nos referimos a cuestiones dogmáticas y procesales que van desde la técnica legislativa utilizada para su tipificación, hasta los aspectos probatorios. Sin embargo, consideramos que la protección jurídico penal del ambiente se basa en tres

aspectos fundamentales: 1) El bien jurídico protegido. 2) Intereses difuso. 3) Daño ambiental. Estos aspectos juegan un rol importante al momento de legislar sobre la estructura típica de los delitos ambientales y al momento de su aplicación. Pero también le otorgan, a la protección penal del ambiente, un matiz y características especiales que difieren mucho de la defensa de otros bienes jurídicos, tanto desde el aspecto sustantivo como procesal. De esto, surge precisamente la interrogante de que si en realidad el proceso penal común actual, se adecúa o es el apropiado para la persecución y sanción penal de los delitos ambientales. Y no solo eso, debemos preguntarnos, además, si los jueces ordinarios deben conocer este tipo de casos, en la medida que requiere de conocimiento especiales para una investigación y ejercer una función jurisdiccional eficaz.

a. Bien jurídico protegido en los delitos ambientales

El bien jurídico protegido en los delitos ambientales, dista mucho de la naturaleza individualista de la mayoría de bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. Y es que, el ambiente responde a valores fundamentales de corte colectivo que hace difícil tanto su definición como su protección con dispositivos legales tradicionales. Sobre el particular Kierszenbaum, (2007), señala que “el concepto de bien jurídico es el más difícil de definir en el ámbito de la ciencia penal. La doctrina ha esbozado tantas definiciones como autores han tratado el tema” (p.187). Por nuestra parte, creemos, siguiendo en gran parte a Von Liszt, que el “bien jurídico” puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de

los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico.

En materia de protección penal del ambiente, el bien jurídico protegido tiene características especiales, pues se trata de un interés vital de naturaleza colectiva que le pertenece a cada uno de manera individual y a todos de manera general. Y esta característica especial determina que los tipos penales (su técnica de tipificación), las sanciones (la graduación de la gravedad) y el proceso penal (especialidad) tienen que guardar relación con el interés o intereses (colectivos) que se protegen (el medio ambiente). En este escenario, es válido cuestionar la exigencia del requisito de procedibilidad – informe previo de la autoridad ambiental – es indispensable para investigación y oportuna sanción del delito de contaminación.

b. Intereses colectivos y/o difusos

Otras de las particularidades que tiene la protección penal del medio ambiente, es que ingresamos al ámbito de los intereses difusos o colectivos, cuyo mecanismo de protección es distinto a la protección de los bienes jurídicos individuales. Los intereses difusos se refieren a aquellas situaciones jurídicas que pertenecen a una pluralidad de sujetos más o menos determinada o indeterminable, que están vinculados únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica que los hace unificarse para acceder a un derecho que le es común.

Los intereses colectivos corresponden a grupos limitados y circunscritos de personas relacionadas entre sí debido a una relación jurídica, con una conexión de bienes afectados debido a una necesidad común y a la existencia de elementos de identificación que permiten delimitar la identidad de la propia colectividad. Sin embargo, sea que se trate de intereses difusos o colectivos, lo trascendental es que, en ambos, ninguno es titular de un derecho al mismo tiempo, pues todos los miembros del grupo lo tienen.

Esta característica del bien jurídico ambiente, le da complejidad para tutelarlos, no solo desde el ámbito penal, sino desde el ámbito civil, administrativo y constitucional. De ahí que, la desprotección del ambiente no es por ausencia de norma ambiental, sino que estas son ineficaces en la práctica; lo cual evidentemente repercute en la protección penal del ambiente.

Legalmente los intereses difusos están definidos en el artículo 82° del Código Procesal Civil, en donde se señala que: “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. (...)”

c. Daño ambiental

El numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, define al daño ambiental como “(...) todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado

contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales”. El daño ambiental es diferente del daño que se origina a otros bienes jurídicos a través del ambiente, p.e la salud, la vida o la propiedad. El daño ambiental lo sufre el ambiente o sus componentes, y representa por lo tanto un “menoscabo material”. Sus efectos pueden incluir daños “no materiales”.

La Ley General del Ambiente, señala que el ambiente lo comprenden “...los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida”. Pero son muchos los elementos que conforman el medio. Por ello la Ley precisa que son “...los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.” Así, cuando uno introduce un contaminante al ambiente que tuviera la posibilidad de modificar el medio humano y dañar su salud, está generando un daño ambiental. También lo hará si contamina una laguna, destruyendo un ecosistema, aunque no se afecte la salud de ninguna persona. Ahora, podría confundirse el daño con cualquier alteración en los elementos que conforman el ambiente. Es precisamente el elemento temporal el que se introduce también en la definición del daño ambiental. Así, los efectos negativos sobre otros bienes no deben ser necesariamente inmediatos. Por ejemplo, ciertas enfermedades no aparecerán sino varios años después de la exposición al contaminante medioambiental.

Evidentemente las características de su no inmediatez o de su dificultad y complejidad en su verificación (obtención de la prueba del daño ambiental) trae consigo la gran dificultad que se tiene al momento de su protección jurídica.

2.3.3.2 Los delitos ambientales en el Código Penal

Los delitos contra el ambiente se encuentran tipificados en el Título XIII del Código Penal, que van desde el artículo 340 al 314 los que se encuentran comprendidos en cuatro capítulos. Las figuras delictivas contra el ambiente se han construido en base a la técnica de los delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto; sobre todo teniendo en cuenta el bien jurídico protegido y la naturaleza del daño. Lo cual ha generado consecuencias jurídicas en el momento de su interpretación y aplicación.

2.3.3.3. La estructura del tipo penal de contaminación

En la estructura típica del delito de contaminación del ambiente, ha sido elaborada considerando características peculiares de su protección: 1) La naturaleza difusa del bien jurídico protegido, 2) el empleo de la fórmula de los delitos de peligro (abstracto o concreto), 3) el empleo de la técnica legislativa e la ley penal en blanco (técnica del renvío – requisito de procedibilidad), 4) la naturaleza jurídica del daño ambiental.

Los elementos normativos y descriptivos que han sido incorporados en la estructura típica tienen alto contenido

técnico que en el campo jurídico genera confusión por la ambigüedad y las imprecisiones, lo cual evidentemente dificulta la labor interpretativa y la labor de los órganos encargados de administrar justicia, al momento de su aplicación. Esta realidad tiene serias implicancias prácticas, pues al no ser un tipo penal de fácil interpretación y aplicación, su ineficacia está adelantada. En esta línea de pensamiento, Mendo (2008) señala lo siguiente “La misma, claro ejemplo de indeterminación, ambigüedad e indefinición, contribuye a los problemas de ineficacia que puede generar el precepto por razones materiales, lo que obliga al intérprete a aportar criterios que reduzcan, en lo posible, esa indeterminación.”

2.3.4 El delito de contaminación del ambiente en el Código Penal

2.3.4.1 Descripción típica

A continuación, describiremos la estructura típica del delito de contaminación del ambiente:

Artículo 304°: “El que infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor

de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

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

Para un mejor entendimiento del tipo penal, empecemos a ver el significado de cada uno de los verbos rectores de los que se compone la estructura típica, para lo cual consultamos el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española:

- a. Provocar: deriva del latín *provocare*. Que significa, incitar o inducir a alguien a que ejecute algo. Hacer que una cosa produzca otra como reacción o respuesta a ella. Facilitar ayudar.
- b. Realizar: significa, efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción.
- c. Infringir: del latín *infringere*. Que significa quebrantar leyes, órdenes, etc.
- d. Descargar: quitar o aliviar la carga.
- e. Emisión: acción y efecto de emitir. Emitir, significa arrojar, exhalar o echar hacia fuera algo. También significa, lanzar ondas hercianas para hacer oír señales, noticias, música, etc.
- f. Gas: Fluido que tiende a expandirse indefinidamente y que se caracteriza por su pequeña densidad, como el aire.
- g. Tóxico: Perteneciente o relativo a un veneno o toxina.
- h. Ruido: Sonido inarticulado, por lo general desagradable.
- i. Filtración: Acción de filtrar. Filtrar significa, hacer pasar un fluido por un filtro. Dicho de un líquido: penetrar a través de un cuerpo sólido. Dicho de un cuerpo sólido: dejar pasar un líquido a través de sus poros o resquicios.
- j. Vertimiento: acción de verter. Verter, significa: derramar o vaciar líquidos, y también cosas menudas.

- k. Radiación: acción de radiar. Radiar: producir la radiación de ondas, sean sonoras, electromagnéticas, etc.; o de partículas.
- l. Causar: del latín *causare*. Dicho de una causa: producir su efecto. Ser causa, razón, motivo de que suceda algo.
- m. Perjuicio: efecto de perjudicar. Detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa.
- n. Perjudicar: ocasionar daño o menoscabo material o moral.
- o. Alteración: Acción de alterar. Alterar: cambiar la esencia o forma de algo.
- p. Daño: efecto de dañar. *Dañar*: causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.

De la descripción típica podemos evidenciar que este contiene o está compuesto no solo por elemento de naturaleza jurídica, sino, y sobre todo, de elementos técnicos que proviene o que pertenecen a otras disciplinas no jurídicas, como la ecología, la física, la química, la biología. Por esta y otras razones, la protección penal del ambiente a través de la aplicación de esta figura delictiva, requiere de un enfoque multidisciplinario, y de conocimientos especiales para su interpretación y aplicación. No se trata simplemente de crear tipos penales en defensa del medio ambiente o de incrementar las penas de los delitos ambientales, sino de una adecuada técnica legislativa que permita el desarrollo de una investigación y la consiguiente sanción de las conductas delictivas. No necesitamos de fórmulas complejas o abstractas que en la práctica resultan siendo inaplicables. El mensaje normativo – punitivo debe ser claro, sencillo y preciso, solo así, conseguiremos su aplicación real y por tanto una protección penal eficaz del ambiente.

2.3.4.2 Elementos normativos

a. Infracción de leyes o reglamentos

La comisión del delito supone la infracción de las leyes o reglamentos sobre protección ambiental, para completar el tipo penal, lo cual debe determinarse dentro la investigación fiscal, con auxilio de la autoridad ambiental competente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente. La determinación de la normativa ambiental y de la autoridad competente va estar en función del o de los componentes del ambiente que se han visto dañados a consecuencia de una conducta delictiva. En base a este elemento normativo, las denuncias que se presente por delito de contaminación del ambiente, obligan al Fiscal a que previamente a la formalización de una denuncia penal, tiene que solicitar a la autoridad ambiental competente un informe técnico fundamentado sobre la infracción a las normas reglamentarias. Sin este requisito de procedibilidad (contemplado en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente) el Fiscal no puede formalizar denuncia penal, lo cual evidentemente vulnera la capacidad discrecional del magistrado de llevar a cabo la investigación y sobre todo atenta contra la atribución que tiene el Ministerio Público del ejercicio de la acción penal, pues condiciona su atribución constitucional (titular de la acción penal) al informe de una autoridad administrativa. Por ello consideramos que una de las consecuencias jurídicas es que la técnica del reenvío vulnera el ejercicio de la acción penal y la discrecionalidad del magistrado.

Otro aspecto que se debe de tener en cuenta es que, si bien el tipo penal depende fuertemente de la técnica del reenvío, en donde el informe previo de la autoridad competente juega un papel crucial en la investigación, sin embargo, se debe evaluar, hasta qué punto los informes previos o los profesionales de las autoridades administrativas son lo suficientemente convincentes y serios como para emitir este tipo de informes, más aún si se tiene en cuenta que será decisivo en la persecución penal de delitos ambientales. ¿Aun más, debe ser vinculante el informe previo? ¿Las conclusiones obligan a tomar decisiones definitivas en la investigación y sanción del delito de contaminación? Si esto es así, consideramos que en la práctica la técnica legislativa de la ley penal en blanco, a través del envío del informe previo, hace depender demasiado el Derecho Penal ambiental del Derecho Administrativo, convirtiéndose el Fiscal o el Juez en un simple ejecutor de lo que se diga en sede administrativa. En ese sentido, se vulneraría el ejercicio de la titularidad de la acción penal y la discrecionalidad del magistrado en la investigación del delito.

b. Infracción a los límites máximos permisibles

La aplicación jurídica del concepto de contaminación reclama su vinculación a instrumentos de gestión ambiental para establecer su configuración, estos son los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y los Límites Máximos Permisibles (LMP). Sin embargo, aún no se han establecido estos instrumentos para todas las actividades y agentes contaminantes, lo que dificulta una política ambiental integral. En este sentido, creemos que la técnica legislativa de la ley penal en blanco vulneraría el principio

de legalidad, pues en estos casos no se lograría completar el tipo penal. Atentando, además contra la seguridad jurídica que debe ser la base de todo Estado de Social y Democrático de Derecho.

Otra cuestión que surge, de la remisión a los límites máximos permisibles y de los estándares de calidad ambiental, es la siguiente: ¿es suficiente para la configuración del tipo penal de contaminación, que la conducta haya rebasado los LMPs o ECAs establecidas en las normas reglamentarias? Consideramos que es suficiente para la configuración del tipo, toda vez que este tiene una naturaleza jurídica de delito de peligro. ¿Ahora, a que normas reglamentarias se refiere? ¿Existen en todos los sectores? ¿Existen para todos los elementos que componen el ambiente?

2.3.4.3 Del informe de la Autoridad Ambiental competente como requisito de procedibilidad.

El informe previo de la autoridad ambiental competente es el elemento fundamental en la persecución de los delitos ambientales y en especial del delito de contaminación del ambiente. Sobre esto, se ha aprobado el Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM de fecha 17 de marzo de 2009, ha reglamentado el numeral 149.1 de la Ley N° 28611, y en el cual establece que la autoridad ambiental competente responsable de la elaboración del informe fundamentado es la autoridad ambiental sectorial, sus organismos reguladores o de fiscalización competentes en la materia objeto del proceso penal en trámite.

Consideramos que el informe técnico previo no tiene la calidad de vinculante para la promoción de la acción penal, por tanto, el representante del Ministerio Público en el ejercicio de su potestad discrecional está obligado a solicitarlo y analizarlo conjuntamente con las demás pruebas e indicios antes de su pronunciamiento de la etapa pre intermedia del proceso penal, máxime si dicho documento es elemental para delimitar la magnitud del daño causado al medio ambiente. Sin embargo, en la práctica los Magistrados encargados de la persecución de los delitos ambientales, consideran que para la configuración del delito de contaminación ambiental, el informe previo de la autoridad ambiental competente es vinculante, por tanto condicionan la acción penal a las conclusiones del informe previo. Y esta es una de las razones más poderosas para que muchas conductas ilícitas contra el ambiente dejen de ser investigadas y las denuncias interpuestas terminen por ser archivadas definitivamente.

Ahora bien, respecto al informe de la autoridad ambiental *como condición procesal* antes de la incoación de un proceso penal, la situación se complica con la forma como ha sido redactado el art. 3° del DS N° 004-2009-MINAM (Reglamento del art. 149.1 de la LGA). Algunos consideran que no podrían iniciarse ni siquiera diligencias preliminares sin la existencia de tal informe. Consideramos que esta exigencia, resulta irrazonable y desproporcionada, pues recorta la facultad persecutoria que tienen todos los fiscales a nivel de la génesis procesal (etapa en sus dos fases: diligencias preliminares e investigación preparatoria propiamente dicha) para realizar investigaciones de oficio

cuando exista la *notitia criminis* de un atentado contra el ambiente.

Este razonamiento encuentra a su vez, asidero en el art. 321° del NCPP (que señala la finalidad de la investigación preparatoria) y el art. 149°, inc. 1, de la LGA (modificada por la Ley N° 29263) cuando señala que la evacuación por escrito de un informe emitido por la autoridad ambiental será de exigencia obligatoria “antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal “. Como vemos, la norma no dice que esta exigencia sea una condición procesal para el inicio del ejercicio de una acción penal, menos para el inicio de diligencia preliminares policiales-fiscales.

2.3.4.4 Bien jurídico protegido

Sobre el bien jurídico protegido en el delito de contaminación del ambiente Caro (1999) señala que: “Considero que es la “estabilidad del ecosistema” el bien jurídico-penal que debe de orientar la criminalización de los delitos ambientales. La estabilidad es el atributo del ecosistema que le permite subsistir en el tiempo y en el espacio, permitiendo de ese modo la vida en condiciones naturales. Entendida como la capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir a las perturbaciones externas, de origen natural o humano, el concepto de estabilidad es plenamente acorde con las necesidades de protección penal” (p, 377).

Por su parte Reátegui (2006), señala que: “me inclino, a la postura del profesor Caro Coria cuando sostiene que el bien jurídico-penal a ser protegido por el Derecho penal es

en general la “estabilidad del ecosistema”. La estabilidad es el atributo del ecosistema que le permite subsistir en el tiempo y en el espacio, permitiendo de ese modo la vida en condiciones naturales. Entendida como la capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir a las perturbaciones externas, de origen natural o humano” (p, 211).

De otro lado, Peña (2010), citando a Carmona Salgado, señala que “El bien jurídico, por ende, constituye el Medio Ambiente, como atmósfera natural y hábitat del ser humano y otros seres humanos que requieren estar desprovistos de cualquier sustancia o elemento que tienda a alterar el estado normal de las cosas. Aglutina en su seno: “el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas”. Ingresa como protección jurídico-penal un interés de naturaleza difusa, cuya titularidad recae sobre el colectivo, sobre personas indeterminadas, sin que ello obste a identificar sujetos pasivos determinables, cuando la contaminación ambiental produzca daños efectivos a la vida y salud de las personas” (p, 212).

Sin embargo, sobre el contenido del bien jurídico ambiente se debe tener en cuenta dos aspectos fundamentales. 1) existe un único concepto de ambiente, entendido como fenómeno *óntico*, de la realidad, concepción amplia. 2) las exigencias de fragmentariedad, subsidiariedad y utilidad del derecho penal mínimo, exige construir un concepto penal de ambiente a partir, principalmente, de las normas constitucionales y administrativas de carácter ambiental. Por ello, consideramos que el bien jurídico protegido en el delito de contaminación ambiental es el ambiente en su concepción restringida. Es decir, el ambiente considerando

sus elementos que lo conforman como el agua, el aire, el suelo, la flora y la fauna.

2.3.4.5 Tipicidad objetiva

a. Sujeto activo

El sujeto activo podrá ser cualquier persona física, dada la fórmula genérica empleada por el legislador, al aludir a “el que”, sin embargo, resulta evidente que en la práctica son empresas e industrias, las que más contaminan el ambiente. Se trata de un delito común (“El que”), sin embargo, consideramos que el agente debe ejecutar el ilícito en el marco de una actividad, necesariamente.

b. Sujeto pasivo

Dada la naturaleza colectiva o supraindividual del bien jurídico protegido, el sujeto pasivo sería la sociedad considerada en su conjunto. Sin embargo, como sucede en la mayoría de los casos, los agraviados pueden ser las personas consideradas individualmente, ya sea porque se afectó su patrimonio o porque se afectó su salud u otros derechos personales.

2.3.4.6 Tipicidad subjetiva

a. Dolo

De la lectura del artículo 304° del CP se prevé que el delito de contaminación es realizado con dolo, esto es, con la conciencia y voluntad de realizar todos los elementos del tipo objetivo. A pesar de que la norma no

hace mención expresa al dolo, este se sobrentiende en virtud de la técnica de *numerus apertus* usada por el legislador nacional para los delitos dolosos, la cual está recogida en el artículo 12°, párrafo 1° del mismo texto legal.

También debemos de determinar si la extensión de la cognoscibilidad del dolo, ha de abarcar también la *norma extrapenal*, pues no olvidemos que el artículo 304° del CP, constituye un tipo penal en blanco, pues la materia de prohibición ha de ser complementada con el contenido de la normatividad administrativa. A nuestro entender, basta con que el autor conozca que su conducta, en cuanto a la emisión de gases tóxicos o de ruidos molestos, puede colocar en estado de aptitud de lesión al bien jurídico tutelado, requerir que el agente conozca también que está infringiendo una norma extrapenal, de sobrepasar los LMP, sería una exigencia de alta intensidad, considerando la complejidad y excesiva frondosidad de esa materia, así como por un aspecto probatorio.

b. Culpa

El tipo penal prevé expresamente en el párrafo segundo del artículo 304° la modalidad culposa. Esta previsión concuerda con la técnica de los *numerus clausus* o cerrada, utilizada para las infracciones culposas según lo establecido en el párrafo 2 del artículo 12° del CP.

2.3.4.7 Naturaleza jurídica

De la descripción del tipo penal que ha realizado el legislador nacional podemos concluir que estamos frente a un delito de naturaleza mixta, pues cuando emplea el verbo

“*causer*” exige que se produzca un resultado, es decir, una lesión efectiva, la producción de un perjuicio al ambiente. Sin embargo, también puede ser de peligro concreto, ya que al emplear el término “*puedan causar*”, implica que para la consumación del delito, las actividades contaminantes no necesariamente tienen que producir un perjuicio al ambiente o sus componentes, bastando la creación de un estado de peligrosidad potencial para el bien jurídico protegido. En consecuencia, dada la naturaleza especial del daño ambiental, consideramos que no va ser necesario esperar que la conducta ilícita produzca un daño grave al ambiente, para que se pueda configurar el delito de contaminación, pues es suficiente el peligro potencial de que se produzca una alteración o perjuicio al ambiente.

Somos de la opinión que el tipo penal de contaminación ambiental, dada la descripción del tipo que ha realizado el legislador, en principio debe ser interpretado como un delito de peligro y no esperar que se produzca un daño grave al ambiente. Lamentablemente, la exigencia del informe previo de la autoridad ambiental como requisito de procedibilidad, antes de formalizar denuncia, es interpretada como si para la configuración del delito la norma penal exigiese la producción de una lesión efectiva, es decir, un daño grave que afecte considerablemente el ambiente o alguno de sus componentes y esto acarrea otro problema que es la prueba del daño ambiental.

2.3.5 La técnica legislativa de la ley penal en blanco y su utilización en la aplicación del delito de contaminación del ambiente

2.3.5.1 Técnica legislativa

a. Consideraciones generales

El legislador en el proceso de elaborar disposiciones jurídicas, siempre va estar influenciado por cuestiones de orden político y técnico jurídicas. Los asuntos políticos siempre van a contener aspectos sociales y valorativos de acuerdo a las circunstancias que en un determinado momento se están viviendo y cuyos problemas se pretende resolver a través de la emisión de normas jurídicas. Estos aspectos definitivamente van a repercutir en la redacción, en su estructura lógica y en su coherencia con el resto del sistema normativo. Sin embargo, con uso adecuado de los conceptos y términos lógicos que se utilizan se podrá lograr una producción normativa clara, concreta y sistemática. En el caso de la estructura típica del delito de contaminación del ambiente se utilizan términos que no son claros o precisos, como por ejemplo cuando se utiliza de manera indistinta los términos perjuicio, alteración, daño grave según la calificación reglamentaria; que en última instancia tendrá que definir porque una conducta ocasionó un perjuicio o una alteración o un daño grave. No se entiende porque el legislador utilizó estos tres términos de manera diferenciada; y porque se hizo depender de la calificación reglamentaria.

En un Estado Constitucional de Derecho el imperio de la Ley es un elemento fundamental. Pero sucede que

muchas de ellas, son ineficaces, lo cual nos pone a reflexionar acerca del proceso de creación de la norma jurídica. Situación que evidentemente genera una “crisis de eficacia de la norma jurídica”, y no por una carencia de normatividad, sino todo lo contrario, por un excesivo volumen de normas jurídicas que en la práctica no son eficaces. Por varias razones, y una de ellas, y creo la principal, porque su conocimiento, su entendimiento o su comprensión de su verdadero objeto o finalidad.

En el caso del delito de contaminación del ambiente, se dice que se justifica su complejidad en la redacción por la naturaleza y complejidad del bien jurídico que se pretende proteger. Sin embargo, consideramos, y esto se refleja en la práctica, que es precisamente esa complejidad en la tipificación del delito es que dificulta su comprensión y por tanto su aplicación. Es por ello que hoy en día es muy utilizado el mecanismo de la Técnica Legislativa con la finalidad de dotar a las normas jurídicas de una redacción coherente, simple, clara y concreta, y de esta manera se hagan más entendibles para mejorar su aplicación y por consiguiente, lograr su eficacia, y cumplir con el objetivo para la cual fue promulgada. El contenido de las leyes guarda características especiales, estas deben ser, en principio coherentes, homogéneas, completas, que obedezcan a un criterio de unidad, con un orden lógico que le otorgue claridad al texto normativo. De acuerdo al Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República (2010) las características del contenido de la ley son las siguientes: 1) Homogeneidad: sus disposiciones

guardan relación entre ellas, evitando la inclusión de materias diferentes a su objeto. 2) Completitud: el objeto se trata en su totalidad, por lo que no admite legislación complementaria. Excepcionalmente, y en caso la materia lo exija, delega a un reglamento el desarrollo de temas específicos para su aplicación. 3) Unidad: forma un todo único e independiente. 4) Coherencia: Se presenta en dos formas: a) Coherencia formal: se refiere a los aspectos de la terminología. Se utiliza los mismos términos para expresar los mismos conceptos, evita la ambigüedad. b) Coherencia material: se refiere a la estructura argumentativa y lógica de la ley. Su observancia impide la presencia de redundancias y contradicciones. 5) Imparcialidad: no admite criterios subjetivos o parcializados”.

Mediante la técnica legislativa se traduce una decisión política a una propuesta normativa, la misma que se debe de encuadrar dentro de los principios básicos que demanda una propuesta normativa. Así se señala que esta debe sujetarse a los siguientes principios básicos: 1) Debe ser un fiel reflejo de la decisión política que motivó la propuesta normativa. 2) Debe partir de un conocimiento pleno de la materia a abordar. 3) Debe estar basada en un análisis de la necesidad y viabilidad de la propuesta. 4) Debe ser respetuoso del principio de legalidad. 5) Debe ser coherente con el resto del ordenamiento jurídico. 6) Debe asegurar una lectura inequívoca del texto. Del mismo modo, de acuerdo a la Guía de Técnica Legislativa del MINJUS, (2016), la técnica legislativa utilizada en el delito de contaminación del ambiente,

tal y como se utiliza, no es la más correcta, porque la determinación de la gravedad del daño ambiental va depender de la calificación reglamentaria (requisito de procedibilidad) de una autoridad que no es jurisdiccional o de investigación, y que por tanto la sanción o no dependerá de una calificación extrapenal. En ese sentido, consideramos que no se debe dejar a la “calificación reglamentaria” la investigación y sanción del delito de contaminación del ambiente.

b. Definición

En base a lo expuesto, se entiende por técnica legislativa un “conjunto de recursos y procedimientos para la elaboración de una norma jurídica. La redacción de los preceptos normativos y su inserción armónica en el marco constitucional contempla aspectos del ámbito de validez, como el territorial (distribución de competencias según la forma de Estado), el temporal (la entrada en vigor, la modificación, la abrogación o derogación de una norma) y el material (el objeto de la norma, ya sea civil, penal, mercantil, etc.)”. La técnica legislativa es el arte de elaborar textos normativos sin defectos, o con la menor cantidad posible de defectos. Se trata de un arte compuesto por un conjunto de habilidades o destrezas específicas.

Como hemos señalado líneas arriba la técnica utilizada para la tipificación del delito de contaminación del ambiente no ha seguido ese procedimiento o las estrategias para concretar una

eficaz norma penal ambiental; pues no está respaldada en un estudio previo, es decir no está inserta dentro de una política criminal coherente y sistematizada, por el contrario, es una elaboración aislada.

2.3.5.2 Ley penal en blanco

La norma jurídica tiene una estructura en común, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. El supuesto de hecho es la hipótesis de conducta que produce la consecuencia jurídica, que no es otra cosa que la subsunción de la conducta en el supuesto de hecho. En el caso de la ley penal en blanco el supuesto de hecho no se encuentra regulado de manera completa en la misma norma jurídica, sino que se debe recurrir a otra norma jurídica para completar el supuesto de hecho. Es decir, se señala un género de conducta sancionable, delegando la acción punible a otras disposiciones.

Como señala Etcheberry (2001) citando a Binding, la Ley Penal en Blanco (blankettstrafgesetze), “Son aquellas leyes incompletas, que se limitan a fijar una determinada sanción, dejando a otra norma jurídica la misión de completarla con la determinación del precepto, o sea, la descripción específica de la conducta punible” (p.83). Por su lado Garrido (2003), citando a Luzón Peña señala que, “ley penal en blanco es aquella en que su supuesto de hecho o al menos parte del supuesto de hecho o presupuesto viene recogido de otra norma extrapenal a la que se remite” (p.90)

La técnica legislativa de la ley penal en blanco ha sido utilizada, para la tipificación del delito de contaminación del ambiente, en el artículo 304° del Código Penal

peruano, (el mismo que fue modificado por la Ley N° 29263 - “Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente”), en donde se exige para la configuración del tipo la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental. En la Ley N° 29263, también modificó el artículo 149° de la Ley General del Ambiente, respecto de informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental. A través de este dispositivo legal se exige que, en el caso de 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, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. La redacción es la siguiente:

“Artículo 149.- Del informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental

149.1 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, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días, contados desde la recepción del pedido del fiscal de la investigación preparatoria o del juez, bajo responsabilidad.

Dicho informe deberá ser meritulado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente”.

La justificación del uso de la técnica de la ley penal en blanco en la protección penal del ambiente se sustenta fundamentalmente en que es una materia compleja con una normatividad muy cambiante, lo cual evita su modificación constante. En el caso de la protección penal del ambiente existe una fuerte dependencia del Derecho Penal, respecto del Derecho Administrativo, a tal punto que las investigaciones por la comisión del delito de contaminación del ambiente, se depende excesivamente del informe técnico de la autoridad administrativa, respecto de la infracción a la normativa ambiental. A tal punto que, la calificación del supuesto de hecho contemplado en el tipo penal se delega a la opinión de una autoridad administrativa, que tan solo con su opinión dependerá si se sigue o no con la investigación de la comisión del delito. Como se aprecia del artículo 149, es de exigencia obligatoria, la evacuación de un informe fundamentado por escrito de la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria. En ese sentido, se suele criticar el empleo de la técnica legislativa de la ley penal en blanco, porque podría vulnerar el principio de legalidad, el principio de tipicidad, y la seguridad jurídica al tener que completar el supuesto de hecho recurriendo a otras normas extrapenales de tipo reglamentario y no a una ley.

2.3.5.3 Principio de legalidad y ley penal en blanco

a. Posiciones a favor

Los que defienden o justifican el empleo de la técnica de reenvío lo hacen sosteniendo fundamentalmente que, dada la naturaleza de las materias o la complejidad de lo que se pretende regular, se hace necesario utilizar nuevas fórmulas legislativas para poder así, proteger los bienes jurídicos. La técnica del reenvío es utilizada generalmente para tipificar nuevos eventos dañosos que se presentan, sobre todo como consecuencia de la actividad económica y en materia de protección de bienes jurídicos difusos como el medio ambiente.

En esta línea de pensamiento los siguientes autores abogan por su vigencia y legalidad:

Cury, Enrique (1998): “las normas penales en blanco son un mal necesario” (p.93)

Muñoz & García (1998): “Creemos que lo señalado en la norma extrapenal forma parte del propio precepto penal y cierra con ello el círculo de la tipicidad, salvando así las posibles objeciones relacionadas al principio de legalidad” (p.347).

Arroyo & García (1996): “la norma penal en blanco define el núcleo central de la conducta criminal, y con ello, se satisfacen las exigencias del principio de legalidad” (p.34).

Reyna Alfaro, (2000) citando al maestro Bramont Arias, señala que: “ante la pregunta ¿es conciliable con el principio de legalidad el hecho de que la determinación concreta de las conductas delictivas quede entregada a la autoridad administrativa en lugar de la Ley?, responde positivamente, entendiendo que el reenvío no significa entregar a la autoridad administrativa una “carta blanca” para crear delitos, pues estas autoridades tienen limitaciones bastante marcadas de los que no podrán excederse” (P, 326).

Peña Cabrera (1999): “son situaciones sociales fluctuantes que exigen una legislación de oportunidad” (p.31).

Villavicencio, (2000) “La ley penal en blanco no es más, que una técnica legislativa. Por lo que; la mayoría de autores que han tratado el tema de la ley penal en blanco están de acuerdo con su aplicación y, que, a su vez, la misma, no viola por consiguiente el Principio de Legalidad de la norma” (p.21).

Bacigalupo, (2000) citando a Mezger, señala que “Jurídico Penalmente la formas especial de la legislación mediante las leyes penales en blanco carece de significación la complementación necesaria es siempre parte esencial del tipo”.

b. Posiciones en contra

El fundamento central en los que se basan aquellos que están en contra del empleo de la técnica legislativa de la ley penal en blanco, es que vulneran

o trastocan el principio de legalidad. A continuación, mencionaremos a los doctrinarios que están en contra del empleo de esta técnica.

Jescheck, (1993) señala que “La teoría de los tipos abiertos debe imaginarse como cerrado, ya que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito” (p.335). Para este autor, la tipicidad es un circuito que debe contener el supuesto y la consecuencia jurídica; de no ser así el circuito de tipicidad queda abierto y con ello la vulneración al principio de legalidad.

San Martín, C (1999) señala que: “El empleo de la ley penal en blanco provoca problemas de naturaleza procesal en la medida que el proceso de integración propio de esta técnica originaria en los procesos penales la posibilidad de aplicar cuestiones prejudiciales” (p, 243).

Reyna (2000), citando a Rodríguez Ramos, señala que: “En estos nuevos tipos penales, es obvio que la culpabilidad o inocencia de los resultados va depender siempre, o casi siempre de cómo se resuelvan las cuestiones civiles o administrativas básica, pues el Derecho Penal no es más que una norma yuxtapuesta” (p, 327).

Mariaca (2010) señala que: “No respeta el Principio de Legalidad y la autoridad a dictar el presupuesto puede ir contra valores fundamentales que están protegidos en otras leyes” (p, 5).

Cobo del Rosal: "las encuentra incompatibles con el principio de legalidad. Se trata de evitar la dispersión normativa y el reenvió a normas inferiores" (Cobo, 1998).

Muñoz Conde, (1996) señala que: "Por la propia complejidad de la materia", que hace "inevitable esta remisión, que solo puede ser limitada con una reglamentación administrativa clara y concisa, hoy por hoy inexistente, y una mayor relevancia del error cuando éste sea comprensible por la propia oscuridad o deficiencia de la norma administrativa" (p, 201). La remisión a la normativa reglamentaria administrativa tiene que ser precisa y clara, lo que no sucede en el caso de la remisión extrapenal que el legislador peruano ha realizado en el delito de contaminación del ambiente, toda vez que es una norma reglamentaria a la que se remite el tipo, es muy dispersa y poco clara, de manera que en estas condiciones la aplicación del tipo penal de contaminación del ambiente se hace muy dificultoso.

Ángela Gómez (2000) señala: "La regencia de los principios de legalidad y seguridad jurídica se cuestionan por algunos autores ante la existencia de normas penales en blanco, porque con frecuencia está ausente la certeza legal tanto en la norma precepto, cuanto en la norma sanción".

c. Posición personal

Sustentamos nuestra posición por en términos de eficacia de la norma penal ambiental, pues consideramos que tal como se encuentra redactado

el tipo penal de contaminación del ambiente en el artículo 304° del Código Penal, por sus imprecisiones, ambigüedades y por su excesiva amplitud, está afectando su eficacia. El mensaje normativo no se entiende con sencillez y claridad, peor aun cuando la remisión a la norma extrapenal es muy dispersa, afectando la certeza en la tipicidad de la conducta. Consideramos que los elementos descriptivos y normativos que componen el supuesto de hecho no son muy claros y afecta obviamente la verificación de la consecuencia jurídica.

En ese sentido coincidimos con Tiedeman y Cousiño, cuando señalan que el empleo de esta técnica legislativa puede incidir en la esfera del dolo y del error, pues una imperfecta regulación mediante remisión legislativa produciría profunda incertidumbre sobre la licitud del comportamiento, principalmente, en aquellos casos en los que el supuesto de hecho descrito en sede extrapenal no se encuentra contenido en un solo precepto, sino que se encuentra disperso dentro de dicha normativa”.

Efectivamente, la remisión a una diversidad de normativa administrativa y ambiental, no permite tener claro cuál es el mensaje o la conducta prohibitiva. Consideramos que el tipo penal de contaminación ambiental está redactado utilizando en exceso elementos normativos y descriptivos. En este sentido, también coincidimos con Berdugo Gómez, quien señala que “es de rigor acotar que si bien determinado sector de la doctrina considera que la utilización de elementos normativos y descriptivos

logra situar al tipo dentro del marco estrictamente penal, la abundancia o exceso en ellos pueden llevar a una situación similar a la de las normas penales en blanco, puesto que resulta casi imposible resolver en sede penal los problemas de carácter técnico, derivados de la regulación de materias complejas. De esta forma la remisión a normas especiales, tendrá como objetivo, en ciertos casos, descifrar el significado inmanente al elemento normativo empleado y, en otras ocasiones, configurar el supuesto de hecho constituido de infracción penal". En este contexto, consideramos que, si existe una afectación al principio de tipicidad y de legalidad, en la redacción del tipo penal de contaminación del ambiente, lo que, al mismo tiempo, tiene repercusión directa en su eficacia.

Sobre los requisitos que debe contener la Ley Penal en Blanco, El Tribunal Constitucional Español (STC de 25 de marzo de 1993) ha señalado que unos requisitos para que las remisiones a leyes penales en blanco sean compatibles con la Constitución son: (1) que se proceda a una remisión expresa, (2) justificada además por la importancia de la protección, y sobre todo, (3) que la ley penal exprese, además de la pena, el núcleo esencial de la prohibición con suficiente certeza, y se remita sólo para el complemento.

En el caso del artículo 304° del CP, la remisión no es tan expresa, pues la diversidad de norma administrativa, le resta claridad a la remisión. Si bien, la protección del ambiente es un tema complejo, no se debe hacer más complejo aun, con redacciones

ambiguas, que lo único que hace es que le resta operatividad a la aplicación de la norma penal ambiental. Y, como hemos venido señalando le falta certeza al mensaje punitivo, ocasiona una desinformación en el ciudadano sobre el derecho vigente, sobre lo que es o no es prohibido, sobre la culpabilidad o la punibilidad de la conducta, esta situación evidentemente afecta el principio de legalidad.

Bacigalupo (199), sobre las leyes penales en blanco, señala que “El Tribunal Constitucional Español ha señalado también, que la ley penal en blanco es compatible con la Constitución, siempre y cuando “la utilización y aplicación judicial se dé con la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (STC 120/90)” (p, 99). Es decir, las remisiones a normas administrativas genéricas y vagas no pueden complementar leyes penales en blanco.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, ha señalado que “el principio de legalidad exige que por Ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la Ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*Lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otros derechos que no sea el escrito (*Lex scripta*), la prohibición de la analogía

(*Lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*Lex certa*)". (Expediente 2758-2004-HC/TC). Y sobre estas cuatro manifestaciones del principio de legalidad, Hurtado (2011) señala: "Estas cuatro manifestaciones del principio de legalidad son de suma importancia y constituyen garantías de libertad y seguridad para la sociedad al limitar el *ius puniendi* del Estado" (p, 163). En esta misma línea, el maestro Roxín (1997) señala que: "se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de prohibición, de las cuales las dos primeras van dirigidas al juez y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de Leyes penales indeterminadas o imprecisas" (p, 140).

Como se evidencia, la precisión es una condición esencial para la utilización y aplicación de la ley penal en blanco, y ese elemento es precisamente del que adolece el tipo penal, objeto de estudio. Y esto puede tener repercusión en cuanto al error de prohibición y el dolo, y por tanto en la misma configuración de la conducta delictiva. Sobre el particular y con razón, Hans-Heinrich, J (1993) señala que: "La garantía de *lex certa* impone al legislador la obligación de formular de manera clara y precisa las conductas que decide tipificar, esto es, la ley penal no debe dar lugar a ambigüedades al momento de su aplicación, evitando la actuación arbitraria del juzgador. En esa línea, 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 limitados. La razón del mandato de determinación radica en que la reserva de la ley únicamente puede tener completa eficacia si la voluntad jurídica de la representación popular se ha expresado con tal claridad en el texto que se evite cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez” (p, 122)

Otro aspecto que afecta la técnica, es la variabilidad de las modificaciones de las normas, leyes o reglamentos, que afectaran de todas maneras a la remisión normativa. Por ello es válido preguntarse también, ¿qué condiciones debería reunir la norma a la cual se remite la norma penal ambiental? ¿Reúnen estas condiciones las normas a las que se refiere el tipo penal de contaminación ambiental?

En esta línea, y sobre la elaboración de las normas, no hay que olvidar que, desde la vertiente formal, el principio de legalidad debe reunir tres presupuestos: 1) ley escrita, 2) ley previa, 3) ley cierta. Es sobre el cumplimiento de este último presupuesto, es que señalamos que se vulnera el principio de legalidad, toda vez que, no existe una explícita determinación del tipo por la falta de certeza legal en la norma precepto y en la norma sanción.

En el caso de los delitos ambientales en el Código Penal peruano, y específicamente el de su figura básica, que es el delito de contaminación del ambiente, tipificado en el artículo 304°, la remisión para la determinación de la antijuricidad, se realiza a leyes y reglamentos. Sin embargo, como hemos señalado quizá esto no sea tanto el problema sino la ambigüedad y la imprecisión de los

elementos normativos que se incorporan en el tipo penal; lo cual afecta el reenvío y por tanto la determinación de la antijuricidad; y por consiguiente su aplicación práctica.

2.3.6 Fines de la pena en la protección penal del ambiente

2.3.6.1 Finalidad protectora y preventiva del Derecho Penal

Sobre los fines de la pena, el artículo I del Título Preliminar del Código Penal, establece lo siguiente:

Artículo I: “Este código tiene por objeto la prevención de los delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”.

En principio, debemos precisar que para vivir de manera ordenada es preciso regular nuestras conductas. El control social impone un conjunto de reglas sociales y a su vez impone sanciones, para el caso de que no se cumplan los objetivos de las normas sociales. Ese conjunto de normas sociales facilita el orden social, permiten el desenvolvimiento de las relaciones sociales. Si este orden social no se cumple el Derecho Penal ofrece una respuesta que es la sanción a las conductas transgresoras del orden social. Sobre el particular Muñoz Conde, (1995) señala que “precisamente así nace, secundariamente, la norma jurídica, que a través de la sanción jurídica se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar modificar el orden social. El conjunto de estas normas jurídicas constituye el orden jurídico, titular de este orden jurídico es el Estado, titular de este orden social, es la sociedad” (p.13). Precisamente el Derecho Penal está para cumplir una finalidad dentro de la sociedad, que es la de prevenir y la de sancionar las

conductas lesivas a esos valores fundamentales de la vida – bienes jurídicos – y que son parte de la dinámica social. En este contexto, cualquier comportamiento que quebrante el orden social debe ser sancionado penalmente. Por ello, con mucha razón Quintero Olivares, (1992) ha señalado que “el premio y el castigo son instrumentos que los hombres pueden y deben emplear con los demás hombres si quieren sobrevivir como grupo. Una sociedad sin instrumentos represivos, se dice, conduciría sin duda al caos y a su propia destrucción” (p.7).

Por esta razón, si el Derecho Penal se muestra inoperante o es simplemente un “simbolismo jurídico” en la protección del ambiente, no cumple su finalidad esencial, en el marco de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Pues las personas siempre estaremos expuestos a conductas cada vez más agresoras del ambiente, sin que veamos una reacción efectiva del Derecho Penal. Sin embargo, pese a las frustraciones que se pueda tener respecto de esta disciplina, esto nos puede conducir a renunciar a este, pues cumple un rol fundamental para hacer llevadera la convivencia social.

2.3.6.2 Finalidad preventiva de la pena

Como se ha señalado anteriormente, y de acuerdo a la teoría de la pena, si bien es cierto esta representa un mal, también tiene una finalidad. No se trata simplemente de castigar por castigar, sino que se busca otra finalidad, que es la de prevenir la comisión de los delitos. Por ello, el fundamento de la sanción criminal se centra así, no en el delito, sino en la prevención de la comisión de futuros delitos. Y este fin de prevención puede lograrse actuando

sobre el que cometió el delito o sobre la colectividad en general. Por ello, y de acuerdo a lo establecido en el artículo I del Código Penal, la pena tiene un fin de prevención general y un fin de prevención especial.

a. Prevención general.

Se debe entender por prevención general a la actuación de la pena sobre la colectividad. La pena cumple una función de enseñanza o lo que ha llamado una “función pedagógica”. La amenaza de la pena establecida en los tipos penales tiene eficacia intimidante, lo cual puede inhibir, prevenir o paralizar posibles impulsos delictivos. Una efectiva ejecución de la pena tiene también un carácter ejemplarizador que aparta a los miembros de la comunidad de las conductas que la han propiciado. Por esta razón, se ha afirmado incluso que la pena reafirma y fortalece la moral social.

Sin embargo, cuando los delitos, como el caso del delito de contaminación del ambiente, están simplemente tipificados y no se imponen sanciones penales frente a la conductas delictivas contra el ambiente, el mensaje que se está tramitando la colectividad en general es que frente a un delito contra el ambiente, “no pasa nada”, lo cual evidentemente aliente o no intimida a la comisión de futura conductas delictivas; con la consiguiente impunidad ambiental generalizada, en donde el Estado y las instituciones se convierten en simples espectadores de la depredación de la naturaleza, de la depredación de esa base existencias de toda forma

de vida en el planeta, convirtiendo al Derecho Penal ambiental en un mero simbolismo.

b. Prevención especial.

Por esta debe entenderse al efecto que la pena tiene en el delincuente mismo, para que este no vuelva a delinquir. En el caso de delito de contaminación al no haber sanciones el sujeto activo no es intimidado por los efectos de la pena y con ello no se aparta de la comisión de nuevos delitos ambientales.

En suma, en el caso de la protección penal del ambiente, por la escasa o ausente sanción penal por la comisión de delitos de contaminación del ambiente, pese a la reforma político criminal de los delitos ambientales, (a través de la publicación de la Ley N° 29338) consideramos que no se está cumpliendo con la finalidad de la pena. Pues, los delincuentes que comente hechos delictivos contra el ambiente no están siendo sancionados penalmente (por tanto, no se cumple la prevención especial) y cada vez son más recurrentes y más graves los atentados contra el ambiente.

La legitimación de la sanción penal se deriva de los fines de la pena que persigue en un Estado de derecho. La función de la pena estatal habrá de sintonizar con la función de la norma de conducta, y sobre todo, con el fin último del derecho penal, a saber, proteger la libertad de actuación de las personas como presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad de todos por igual. La libertad de actuación que reivindica es la que se deriva de los valores éticos sociales que guían la convivencia pacífica de las personas, o, dicho en otras palabras, los valores que permiten que todas las personas por igual diseñen su proyecto de vida y desarrollen libremente su personalidad. La

legitimación de la pena reivindica su naturaleza social, esto es, la necesidad de la sociedad de que se imponga una sanción en el caso concreto. La pena exige que se constate una necesidad social como presupuesto adicional a la vulneración de la norma de conducta. La legitimación de la pena como institución jurídica depende que sea una reacción necesaria e idónea frente al delito cometido.

El Código Penal peruano se decanta por la Teoría de la Unión, que señala que la penal tiene un fin de retribución y de prevención, las cuales se interrelacionan y complementan en un proceso dialéctico de límite y de utilidad. De acuerdo a esta teoría, el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad. La pena se enfrenta al individuo en tres momentos: amenazando (prevención general – solo bienes jurídicos), imponiendo (se debe imponer con criterios preventivos y especiales) y ejecutando las penas (prevención especial – resocialización).

En el Título Preliminar del Código Penal, se evidencia la inclinación por esta teoría. Así en el artículo I, IV, VIII y IX, se señala lo siguiente:

Artículo I.- “Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.”

De acuerdo a este artículo la prevención de la pena constituye uno de sus fines, teniendo en consideración a la protección de la persona humana y la sociedad en sintonía de lo prescrito en el artículo 1° de la Constitución que señala:

Artículo 1º: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En este artículo, el legislador incluye la prevención general como fin de la pena. Por otro lado, pero en la misma línea argumentativa, el Código Penal en el artículo IV del Título Preliminar, señala:

Artículo IV.- “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

En este artículo el legislador nacional, se decanta por la prevención general de pena porque requiere la lesión o el peligro a bienes jurídicos en general.

El artículo del Código Penal que regula la teoría de la unión, es el Artículo VIII, que trata sobre la proporcionalidad de las sanciones, en donde se señala:

Artículo VIII: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.”

En este artículo se inclina por las vertientes de la prevención general y especial de la pena, en la fase de la imposición de la pena. Refirmando su inclinación la prevención como fin de la pena, el Código Penal en su Artículo IX, señala:

Artículo IX: “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”.

En este artículo se evidencia la prevención especial como fin de la pena. Como se aprecia, partiendo de uno del principio constitucional esencial de todo el marco normativo, que es el principio de la defensa de la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y el Estado, la pena debe tener la función de prevención de la pena (general y/o especial). Este es su fundamento y la que le otorga legitimación a la sanción penal. Las sanciones penales tienen que aplicarse en defensa de los bienes jurídicos, como en el caso del medio ambiente, si éstas no se aplican, y solo están de manera simbólica, sin aplicación práctica, se está incumpliendo los fines de la pena.

2.3.7 Titularidad del ejercicio de la acción penal pública

Empecemos por definir la acción penal, (sin intención de profundizar en el tema) para ello citemos algunos conceptos sobre esta figura jurídica. Pisapia, D (1988), señala que “la acción consiste en puridad, en un poder – deber de activar la jurisdicción penal o sea de pedir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento concreto sobre una noticia criminal específica, y que, además, se trata de una iniciativa típicamente procesal dirigida a la activación de la función jurisdiccional para la actualidad del derecho penal sustantivo”. (p, 141). De La Rúa, F (1991), señala que “la acción penal es el poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura o la aprobación formal del proceso penal, haciendo surgir en aquél la misma mediante resolución motivada” (p, 64). De La Oliva, A (1993), señala que “este poder jurídico es común en el ejercicio de la acción penal del Ministerio

Público, (...) ese poder jurídico está, cuando o ejerce el Ministerio Público, íntimamente relacionado con sus funciones públicas, que ha de realizar imperativamente” (p, 189). Vélez, A (1986), señala que “la acción penal es un poder jurídico que impone el Derecho Constitucional y, cuyo ejercicio regula el Derecho procesal de provocar la actividad jurisdiccional del Estado. Cuando la ejerce el Ministerio Público, más que un derecho es un deber, o más precisamente, un poder de ejercicio obligatorio, una potestad jurídica”. El Fiscal no ejercita la acción penal para obtener la tutela de un derecho o interés propio vulnerado, sino que en atención a lo dispuesto en el 159.1 de la Constitución, lo hace a nombre de la Nación, en defensa de la legalidad. La promoción de la acción penal está reservada como función y deber, en los casos legalmente procedentes, al Ministerio Público. La acción penal se basa en dos principios: el principio oficial y el principio de legalidad. Por el primero, la persecución penal del hecho punible constituye una obligación o un deber constitucional de un órgano público, que en el caso peruano le corresponde al Ministerio Público (art. 159.5 de la Constitución). No es necesario que persona alguna lo impulse. Por el segundo, y como señala Gómez, E (1987), “el principio de legalidad constituye el complemento imprescindible del sistema de la acusación oficial y significa que el órgano de la acusación está obligado a ejercitar la acción por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la Ley” (p, 97).

Como se desprende de lo señalado por los diferentes autores, el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público constituye una de las principales facultades que tiene el Fiscal en la persecución penal o la pretensión punitiva del Ministerio Público, constituye la forma de promover la actividad jurisdiccional. Sin embargo, la forma de su ejercicio requiere de su análisis a la luz de su sustento teórico y de la experiencia

práctica a efecto de guardar la uniformidad debida en la labor fiscal. Atribución que ha sido que tiene rango constitucional, de acuerdo al artículo 159° de la Constitución Política de 1991, que establece:

Artículo 159°.- Atribuciones del Ministerio Público. 1) Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. 5) Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

Y de acuerdo al artículo 158 de la Norma Fundamental, el Ministerio Público, este un órgano constitucional autónomo y conduce desde su inicio la investigación del delito. En consecuencia, El Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal pública y dirige la investigación del delito desde que ésta se inicia, hasta la determinación de si se promueve o no la acción penal por medio de la acusación para ser presentada al órgano juzgador. Este mandato constitucional ha sido recogido por la normativa infraconstitucional, así, el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, establece,

Artículo IV.- Titular de la acción penal. 1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decididamente y proactivamente en defensa de la sociedad. 2) El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

En ese sentido, por mandato constitucional y de acuerdo al Código Procesal Penal, el ejercicio de la acción penal implica que el Ministerio Público tiene que dirigir, es el amo y señor, de toda la investigación del delito desde que se inicia. Este mandato constitucional obliga, también, al Ministerio Público a desplegar su actuación con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. El Ministerio Público es el que dirige y organiza jurídicamente la investigación del delito, para lo cual deberán de diseñar su plan de investigación o su estrategia jurídica de investigación dirigida a esclarecer los hechos denunciados, individualizando a sus autores y a los partícipes, de ser el caso, así como a las víctimas. A lo expuesto debemos agregar lo que el Código Procesal establece respecto de la finalidad y la Dirección de la investigación preparatoria:

Artículo 321°.- Finalidad 1. “La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado”.

Artículo 322°.- Dirección de la investigación 1. El Fiscal dirige la Investigación Preparatoria. A tal efecto podrá realizar por sí mismo o encomendar a la Policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tenga contenido jurisdiccional. En cuanto a la actuación policial rige lo dispuesto en el artículo 65°. 2. Para la práctica de los actos

de investigación puede requerir la colaboración de las autoridades y funcionarios públicos, quienes lo harán en el ámbito de sus respectivas competencias y cumplirán los requerimientos o pedidos de informes que se realicen conforme a la Ley. 3. El Fiscal, además, podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar indicios materiales en los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de los mismos

El ejercicio de la acción penal, implica ejercer y cumplir con el mandato de la Ley Fundamental de la manera más eficaz, sin condicionamientos. Exige organizar la investigación del delito de manera eficaz y para lograr resultados positivos. En consecuencia, exige al Fiscal conocer muy bien el delito que se está investigando, para poder armar su estrategia. De lo contrario, si no conoce los elementos del delito en general y en especial del delito que está investigando, difícilmente podrá determinar qué actos de investigación realizar en el caso concreto, lo cual conlleva a que los resultados de la investigación no sean de mucha ayuda para ejercer la acción penal.

En el caso de la investigación, de los delitos ambientales, y del delito de contaminación del ambiente de manera especial, el Fiscal como director de la investigación, tiene la obligación de realizar la mayor cantidad de diligencias preliminares posibles para el esclarecimiento de los hechos, así como identificar a sus autores y partícipes. Sin embargo, lo que sucede en la práctica (y por exigencia normativa del artículo 149 de la LGA), es que, como el delito de contaminación del ambiente es un tipo penal en blanco, la investigación del mismo se está limitando a realizar la diligencia preliminar consistente en solicitar el informe fundamentado de la autoridad ambiental competente para

determinar si es que puede seguir con la investigación o de lo contrario archivarla. Lo cual consideramos que no es lo correcto, pues el Fiscal tiene la obligación de realizar las diligencias necesarias (para la obtención de los elementos de convicción para sustentar su acusación) para esclarecer los hechos para determinar si es que se cometió o no el delito, o identificar a los autores y partícipes. Si es que el Fiscal solo se limita a solicitar el informe de la autoridad ambiental competente, no estaría cumpliendo a plenitud su atribución constitucional.

Solo limitarse a requerir y analizar la conclusión respecto si se ha infringido o no la normatividad ambiental, trae consigo que el ejercicio de la acción penal se vea limitada y por ende, el Ministerio Público puede deslegitimarse ante los ciudadanos que ven y son testigos de la contaminación del ambiente y que los responsables no están siendo sancionados penalmente, pues en la gran mayoría de casos las investigaciones terminan siendo archivadas.

2.3.8 Régimen jurídico constitucional de la protección del ambiente

a. El derecho fundamental a un ambiente sano y la protección penal del ambiente.

Nuestra Norma Fundamental en su inciso 22 del artículo 2° prescribe que:

“Toda persona tiene el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida”.

Este derecho fundamental tiene que ser interpretado de acuerdo a lo que prescribe el artículo 1° de la Constitución, que señala:

“La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En esta misma línea, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 44° de la Constitución que establece:

“Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos...”.

Este régimen jurídico constitucional tiene su respaldo a nivel internacional, pues el artículo 11° del Protocolo de San Salvador, señala que:

“Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano a contar con servicios públicos básicos”.

Estos dispositivos constitucionales son el soporte Constitucional de la protección del medio ambiente y que son en última instancia el sustento de la exigencia de su protección penal eficaz, a través, de la aplicación del delito de contaminación del ambiente. En consecuencia, si la protección penal del ambiente es ineficaz, con esto también se vulnera el sustrato legal fundamental de esta protección, es decir, se está vulnerando el derecho fundamental que todos tenemos a vivir en un ambiente sano y equilibrado. Pues la razón de ser de la normativa penal ambiental ineficaz, es precisamente la protección de ese derecho fundamental, que es la base para ejercer otros derechos constitucionales. Una protección penal ineficaz del ambiente no garantiza en absoluto el pleno desarrollo de la vida en un ambiente adecuado.

b. El contenido del derecho fundamental a vivir en un ambiente sano y equilibrado en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En relación a la justificación del derecho fundamental a vivir en medio ambiente equilibrado y adecuado, el Tribunal Constitucional ha “considerado al medio ambiente equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales” (STC EXP. N° 00964-2002-AA/TC f.j. 8). En consecuencia, para el máximo intérprete de la Constitución, en el medio ambiente “se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones orden biológico, físico y químico” (STC EXP. N° 00964-2002-AA/TC f.j. 9).

El derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado adecuado para el desarrollo de la vida, tiene un contenido que ha sido desarrollado en reiterada jurisprudencia por parte del máximo intérprete de la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho tiene dos elementos. 1) El derecho de *gozar* de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se *preserve*. En relación con el primer componente, ha precisado que “el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del

medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. De lo contrario, su goce de vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido” (STC EXP. N° 03510-2003-AA f.j. 2.d). 2) el segundo componente del contenido constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado, es el derecho a que es medio ambiente se preserve, lo cual trae como correlato la obligación del Estado de proteger en forma efectiva este derecho. Para el Tribunal Constitucional “el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente”.

Del desarrollo del contenido esencial del derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado, podemos concluir que este derecho no es una simple norma de carácter programático, sino que, esta tiene un contenido y obedece esencialmente a una protección eficaz del medio ambiente, que es responsabilidad compartida entre el Estado y los particulares. Por ello, la importancia de que todos los medios de control formal resulten eficaces en la protección del ambiente, lo que a su vez exige algunos cambios de los mecanismos a través de los cuales se pretende proteger el ambiente. En el caso de la protección penal del ambiente, requiere la adopción de fórmulas apropiadas para la defensa de un bien jurídico que tiene características particulares que le hace diferente al resto de bienes jurídicos que se protegen. Al mismo tiempo, requiere no solo de una visión estrictamente jurídica sino también técnica,

política, social y filosófica, en el marco de un enfoque interdisciplinario e interinstitucional.

Sin embargo, lo que hoy se está presentando es una clara ineficacia del Derecho Penal en la protección del medio ambiente, que pese que se han incrementado las penas y se ampliado las fronteras punitivas la situación no ha cambiado, porque sigue aumentado la criminalidad ambiental y la impunidad ecológica. De manera tal, que no solo se incumple con el principio de prevención general de la pena, sino, además, se afecta el derecho fundamental que tiene toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, teniendo en consideración, que este derecho es la plataforma en la cual se ejercen los demás derechos fundamentales, cuya afectación repercutirá necesariamente en estos. Pero, además, una ineficaz protección penal del ambiente atenta contra la misma dignidad de la persona y en este sentido el Estado estaría vulnerando su obligación de cuidar de la persona humana como su fin supremo.

c. Obligación del Estado en la protección del derecho fundamental a un ambiente sano

La investigación pretende analizar y dar soluciones al problema de la contaminación ambiental, más allá de norma penal, sino analizarla y plantear soluciones desde un enfoque constitucional, en el que el análisis y comprensión de la norma penal, debe ser interpretado a la luz de la protección de los derechos fundamentales. Por ello, siguiendo con la línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional, la obligación de preservar el medio ambiente a cargo del estado, supone dos obligaciones, la primera, abstenerse de adoptar acciones que afecten el medio ambiente, y la segunda, adoptar

todas las medidas necesarias para proteger este. En relación con el deber de no atentar contra este derecho el Tribunal Constitucional señala que “así, en su *faz reaccional*, el Estado asume la obligación de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana”. Con relación a la segunda obligación tenemos el compromiso estatal de promover y favorecer una real y más plena vigencia de este derecho constitucional. En relación con esta última, el Tribunal Constitucional señala que “en su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, entre las cuales cabe mencionar la de expedir disposiciones legislativas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente. Desde luego, no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado”. (STC EXP N°. 00018-2001-AI/TC, f.j 10)

d. Estado Social y Democrático de Derecho y protección del ambiente

El artículo 43° de la Constitución establece que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”. A partir de una interpretación de este dispositivo constitucional el Tribunal Constitucional ha señalado que de acuerdo con la Constitución Política del Perú de 1993, el Estado peruano presenta las características básicas de un Estado social y democrático de Derecho.

En un Estado social y democrático de Derecho, el Estado asume un *rol activo* en la economía y en la sociedad civil, con la finalidad de satisfacer necesidades colectivas elementales, como salud, vivienda, seguridad, y protección del ambiente. En este sentido, dentro de un Estado social y democrático de derecho, el Estado no se limita a reconocer y otorgar derechos a los ciudadanos, sino que establece mecanismos para garantizar los derechos de los ciudadanos, asumiendo en muchos casos el costo que implica hacerse cargo del derecho de un ciudadano.

Efectivamente, en consonancia con lo que establece el artículo 3° de la Carta Magna, la vigencia de un Estado Social y Democrático de Derecho exige el respeto a la dignidad de la persona humana y por consiguiente exige como un presupuesto material elemental y necesario un medio ambiente natural adecuado para el pleno desarrollo de la vida. En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado que “en el Estado Social Democrático de Derecho de nuestro tiempo ya no solo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también, de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptable”. (STC EXP. N° 00964-2002-AA/TC, f.j.9). En consecuencia, cuando la norma penal ambiental no es eficaz en la protección del ambiente, cuando la sociedad civil se ve desprotegida frente a la contaminación del ambiente, se está afectando nuestro derecho fundamental a vivir en un medio ambiente sano, afectando nuestra propia dignidad.

En este contexto, el rol que debe asumir el Estado en la protección y conservación del medio ambiente, es un rol mucho

más activo, que va desde la implementación de políticas ambientales hasta la elaboración de una auténtica y eficaz política criminal ambiental, que sea el sustento criminológico de la elaboración de nuevas normas penales ambientales que vayan de acuerdo a la realidad y de acuerdo al bien jurídico que se pretende proteger. En este sentido, el Estado como un Estado Social y Democrático de Derecho, está faltando a su obligación proteger el medio ambiente que como hemos señalado es la plataforma de los demás derechos fundamentales.

Las bases de nuestra convivencia están siendo socavadas y urge una actuación integral del Estado para frenar este problema. Como señala Schunemann, (2002) corresponde a la esencia del Derecho, entendido como el orden próspero de la convivencia humana, proteger la conservación de las bases de subsistencia de la humanidad con los medios más enérgicos que él posee, es decir, los del Derecho Penal. Pues sin esas bases la subsistencia no podrá existir, más la sociedad humana y, por ende, tampoco el Derecho (p.57). Al respecto Eser, A (1998) señala que “cuando se ocupan de Derecho Ecológico corren el grave riesgo de ir a parar entre los frentes de una problemática emocionalmente avivada: de un lado, los defensores radicales del ambiente, a quienes parece faltar el sentido de lo económicamente factible, y los optimistas incondicionales de la Economía, del otro lado, que aparecen aquejados de ceguera respecto de los fundamentos ecológicos de todo sistema” (p.82).

La persecución penal es una de las funciones más esenciales del Estado, función que se materializa cuando las agencias punitivas de persecución activan toda la maquinaria estatal, a fin de someter al agente delictivo a una serie de actos de

coerción. Como es sabido, el Derecho Penal se vincula directamente como el principio de legalidad, convirtiéndose en una garantía político criminal. Arroyo (2003) señala que “la consecuencia fundamental de esta argumentación es la exigencia de que las prohibiciones penales se establezcan con la máxima precisión (principio de determinación) (p, 11). En un Estado Social y Democrático de Derecho debe regir el principio de legalidad en su dimensión materia y procesal. En este sentido, la actuación de los poderes públicos está vinculados obligatoriamente al mandato constitucional y al mandato de la Ley.

Según el marco jurídico constitucional el *ius puniendi* es potestad soberana estatal, que en exclusividad el Estado ejercer a través del Ministerio Público. Por mandato constitucional la “oficialidad” y “obligatoriedad” del ejercicio de la acción penal le está atribuido al Ministerio Público. En consecuencia, ningún otro organismo del Estado se puede atribuir la titularidad de la acción penal y tampoco condicionarla al cumplimiento de requisitos de carácter extrapenal o administrativo. En consecuencia, en un Estado Social de Derecho el titular de la acción penal pública es el representante del Ministerio Público, que por mandato legal y constitucional es autónomo en función investigadora, de tal manera que sus decisiones se encuentran desprovistos de toda injerencia funcional.

Por ello consideramos que el campo de la criminalidad ambiental se ha implementado una serie de obstáculos de naturaleza administrativa (requisito de procedibilidad, artículo 149 de la LGA) que dificultan una persecución penal ambiental eficaz. Un claro ejemplo lo constituye la condición objetiva de punibilidad establecido en el delito de contaminación del

ambiente como una ley penal en blanco, que en la práctica se ha convertido en una condicionante al ejercicio de la acción penal.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Para la tipificación del artículo 304° del Código Penal, el legislador peruano, ha utilizado la fórmula de los tipos penales abiertos o conocidos también como tipos penales en blanco; en donde se exige como requisito de procedibilidad la calificación reglamentaria de acuerdo al informe fundamentado de la autoridad ambiental; pues de acuerdo a lo establecido en el numeral 149.1 del artículo 149 de la Ley General del Ambiente – Ley N° 28611, en las investigaciones penales por 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, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. La mencionada norma administrativa ambiental exige, como condición de procedibilidad, que dicho informe de la autoridad ambiental debe ser meritudo por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.

Del estudio se ha determinado que la tipificación del delito de contaminación del ambiente utilizando la técnica del reenvío o ley penal en blanco, tiene las principales consecuencias jurídicas: 1) Afectación al principio de legalidad (en el presupuesto de la *lex certa*), 2) Incumplimiento de la función de prevención de la pena (general y especial), 3) Afectación al ejercicio de la acción penal (como atribución constitucional y legal) y 5) Afectación a la eficacia del delito de contaminación del ambiente (sin sentencias condenatorias). Para ello, hemos analizado la doctrina, legislación penal, legislación ambiental y estadísticas oficiales del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Cajamarca, con especial referencia a las Carpetas Fiscales de investigación de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental del Distrito Fiscal de Cajamarca, sobre investigaciones por delito de contaminación del ambiente, las mismas que serán utilizadas de manera referencial.

Para la demostración de nuestra hipótesis hemos empleado el método dogmático, hermenéutico y analítico, que nos ha permitido analizar el tipo penal de contaminación ambiental (Artículo 304 del Código Penal), el requisito de procedibilidad contemplado en la norma administrativa ambiental (Artículo 149° de la Ley General del Ambiente – Ley N° 28611), el principio de prevención de la pena contemplado en el Título Preliminar del Código Penal (Artículo IX TP CP), el mandado constitucional respecto del titular en el ejercicio de la acción penal que recae sobre el Ministerio Público (Artículo 159° de la Constitución Política de 1993) concordante con lo establecido en el Código Procesal Penal (Artículo IV del Título Preliminar del CPP) .

Del mismo, modo para comprobar nuestra hipótesis de la ineficacia del delito de contaminación del ambiente y en consecuencia el incumplimiento de los fines de la pena en la protección penal del ambiente, sea utilizado el método inductivo y analítico para el estudio de los informes estadísticos sobre los casos de investigación de delitos de contaminación ambiental; lo que nos ha permitido comprobar la formulación de nuestra hipótesis.

Veamos a continuación la contrastación de nuestras hipótesis en el orden que han sido planteadas, y así comprobamos que la técnica legislativa de la ley penal en blanco, utilizada en la aplicación del delito de contaminación del ambiente, a través de la exigencia obligatoria del requisito de procedibilidad, tiene las siguientes consecuencias jurídicas:

1. Afectación al principio de legalidad

La vigencia y el respeto de un Estado Constitucional de Derecho implican el respeto a la vigencia del principio de legalidad como principio esencial y básico y por tanto delimitador del ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado. El respeto al principio de legalidad delimita la función tanto del legislador como de quien aplica el derecho (para nuestra investigación la norma penal ambiental), que es el Juez (que abarca tanto las Fiscalías

Especializada en Materia Ambiental como los Juzgados Especializados en Materia Ambiental); para garantizar la seguridad jurídica como una de las funciones del tipo penal (para el caso el delito de contaminación ambiental).

Del mismo modo, en un Estado Constitucional de Derecho, el Estado tiene la obligación de garantizar la vigencia y el respeto por los derechos fundamentales, como el derecho fundamental a vivir en un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida. En esta línea, el Derecho penal es un instrumento que utiliza el Estado para ejercer el *ius puniendi* y así garantizar una adecuada protección del bien jurídico ambiente como correlato y sustento de la protección del derecho fundamental a un ambiente sano y plataforma para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Sin embargo, la investigación demuestra que en la aplicación del delito de contaminación del ambiente (como norma de remisión) como tipo penal en blanco el legislador ha incorporado en su redacción elementos normativos ambiguos e imprecisos que perjudican la labor del Fiscal y del Juez, tanto para reunir los elementos para la configuración del tipo como para determinar con certeza el bien jurídico protegido, y es precisamente en este último aspecto es que se vulnera el principio de legalidad.

Como sabemos, el principio de legalidad se sustenta en los siguientes presupuestos: *Lex Praevia*, (prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal), *Lex scripta* (prohibición de la aplicación de otros derechos), *Lex stricta* (prohibición de la analogía) y la *Lex certa* (prohibición de cláusulas legales indeterminadas o inciertas). Sin embargo, la investigación demuestra que este último presupuesto (*Lex certa*) del que se compone el principio de legalidad se ve afectado porque el legislador al redactar el artículo 304° del CP lo ha realizado utilizando elementos normativos imprecisos y ambiguos, que dificultan su operatividad práctica, como por ejemplo cuando realiza la remisión a la norma extrapenal señala: El que infringiendo “leyes”, “reglamentos” o “límites

máximos permisibles”; el mensaje normativo no queda claro, porque en primer lugar no se sabe si lo que se protege es simplemente una infracción a la norma administrativa, con lo que podría haber un conflicto con la potestad sancionadora en materia ambiental y el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, y en segundo lugar, no se sabe con certeza cuales serían esos reglamentos (que contiene obligaciones ambientales) a los que la norma penal se remite, lo que daría lugar a un posible error en el tipo ya que el destinatario de la norma penal, tendría que conocer de manera obligatoria y exacta de la existencia y el contenido de esos reglamentos o de los límites máximos permisibles, en tercer lugar, podría interpretarse que estamos ante un tipo penal especial cuyos destinatarios no serían las personas naturales comunes, sino solamente aquellas que desempeñan alguna actividad económica que esté sujeta al cumplimiento de la normativa administrativa ambiental sectorial en base al cumplimiento de un instrumento de gestión ambiental. La variedad y lo disperso de la normativa administrativa indefectiblemente afectará la comprensión del hecho punitivo y por tanto la consecuencia jurídica. Por otro lado, a la fecha no todos los elementos que componen el ambiente cuentan con aprobación de límites máximos permisibles, en este caso las conductas serían atípicas; por tanto, está ausente la certeza legal tanto en la norma precepto, como en la norma sanción.

De otro lado, respecto del bien jurídico protegido en el artículo 304 del CP, cuando el legislador ha utilizado, como posibles bienes jurídicos afectados al “ambiente o sus componentes”, “la calidad ambiental” o “la salud ambiental”, tampoco queda claro cuál sería el bien jurídico protegido o que es lo que el legislador pretende proteger, pues de conformidad con el principio de lesividad contemplado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sin embargo, ni la calidad ambiental, ni la salud ambiental pueden ser considerados bienes jurídicos, por ser conceptos muy amplios y abstractos, que incluso

resulta muy difícil definirlos. Consideramos que el bien jurídico protegido es el ambiente, pues tanto la calidad ambiental como salud ambiental son conceptos ambiguos e imprecisos que no contribuyen al entendimiento de los elementos que configuran el tipo y por tanto cuando se consumaría el tipo penal y la determinación de *quantum* y el tipo de pena a imponerse. No debemos olvidar que el bien jurídico es el criterio rector de todo sistema penal y por tanto es el fundamento del Derecho Penal y al mismo tiempo su límite; por esta razón si la norma penal ambiental (art. 304 CP) no se precisa cuál sería el bien jurídico protegido, entonces su aplicación será incierta, como incierta es el bien jurídico que se pretende proteger.

El principio de legalidad se manifiesta también en exigencias, criterios y pautas que el legislador debe tener en cuenta al momento de redactar las disposiciones legales (*Nullum crimen nulla poena sine lege certa*), y más aún en materia penal, toda vez que, de ello dependerá una correcta y oportuna calificación de un hecho punible con posible sanción penal, calificación que debe realizarse de manera inequívoca y expresa, y esto dependerá de la precisión y certeza de la norma penal, que deberá contener un lenguaje entendible que permita reproducir con fidelidad el mensaje punible o de la realidad de la que se habla. Por ello las fórmulas abstractas, imprecisas y demasiado genéricas no permiten identificar con facilidad los injustos penales o los casos concretos típicos. Sin embargo, la investigación demuestra que la existencia de certeza (como presupuesto del principio de legalidad) está ausente en el tipo penal de contaminación ambiental. Pero, no solo se tiene claro los elementos normativos o descriptivos, sino también, tiene implicancias directas en su aplicación de la norma penal ambiental.

Una de las garantías del principio de legalidad, en concordancia con una de las funciones del tipo penal, es la garantía de la *nullum crimen sine lege certa*. La garantía de la *lex certa* (ley cierta) obliga a tipificar delitos de la manera más clara y precisa, sin lugar a ambigüedades y así no

perjudicar la labor del juez al momento de la aplicación práctica del tipo penal, para la solución de un caso concreto (contaminación del ambiente). Como se ha puesto de manifiesto en la investigación tal como se ha redactado el artículo 304 del CP no da la garantía de certeza respecto del mensaje punitivo (configuración del tipo) y por tanto la consecuencia jurídica del hecho delictivo (aplicación de la sanción penal). Pues, el mandato de determinación del mensaje punitivo está directamente relacionado con la eficacia del tipo penal, pues si la voluntad jurídica del legislador se expresa claramente el texto normativo será entendible y por tanto, se realizará una calificación objetiva y adecuada de los hechos denunciados e investigados. El tipo penal de contaminación como norma penal en blanco afecta el principio de legalidad, toda vez que su descripción normativa complementaria no es clara, concreta y precisa, ello no permite que se pueda conocer cuál es la conducta punible. Es indispensable que exista coincidencia entre lo que sucede en la realidad como consecuencia de un hecho punible y el hecho específico contemplado normativamente, logrando una adecuada determinación del ámbito de lo punible.

Por otro lado, respecto de la consumación del tipo, cuando el legislador señala “cause” o “pueda causar” “perjuicio”, “alteración” o “daño”, no se puede determinar con claridad si es que estamos frente a un tipo penal de resultado (donde necesariamente se exige la prueba del daño ambiental) o un tipo penal de peligro concreto o abstracto (donde es suficiente la puesta de un peligro potencial al bien jurídico protegido). Este aspecto tiene incidencia directa en la investigación y por tanto en la calificación del hecho delictivo que realice la fiscalía para aperturar investigación y en su momento para el juez, pueda aplicar la sanción penal en el caso concreto.

En suma, la investigación demuestra que en la tipificación del delito de contaminación del ambiente, es un tipo penal en blanco que ante la remisión expresa, que se supone debería completar el tipo penal, no se

precisa con exactitud cuál sería la norma con rango de ley o la norma reglamentaria (norma administrativa sectorial) o cuales sería los límites máximos permisibles, a los que el legislador quiso hacer referencia cuando tipificó el delito de contaminación del ambiente como un tipo penal en blanco. Asimismo, no existe certeza respecto del bien jurídico protegido o si estamos frente a un tipo penal de resultado o de peligro. Todos estos aspectos, tienen implicancias en la aplicación del artículo 304 del CP, que finalmente se traducen es una inoperancia e ineficacia del delito de contaminación del ambiente.

2. Incumplimiento de la función de prevención de la pena

El fin del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (Artículo 1° de la Constitución), defensa y respeto que pasan por garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales como el derecho a vivir en un medio ambiente (Artículo 2° inciso 22 de la Constitución). Para lograr este fin el Estado utiliza al Derecho Penal para la protección de bienes jurídicos (Artículo IV del TP del CP) o valores fundamentales, como el medio ambiente sano y equilibrado, utilizando a la pena, como medio para reprimir y prevenir actos delictivos que afecten el logro de este fin (Artículo IX del TP del CP). Pues, el fin del Estado es que no se produzcan delitos y para lograr este fin utiliza como medio a la pena para convencer (a la sociedad en general y al que delinque en especial) que la afectación un bien jurídico irá acompañada necesariamente de un mal y así prevenir los impulsos hacia la comisión de delitos (como el delito de contaminación ambiental). La norma penal contiene la amenaza y su aplicación convierte a la amenaza en realidad, la aplicación y ejecución de la pena no tiene que ser simplemente idealista o aparente, sino tiene que ser una amenaza con aplicación real. Es decir, el fin de la aplicación de una pena, no consiste en otra cosa distinta que hacer efectiva la amenaza. La aplicación de la pena solo puede tener como meta la futura efectividad real de la amenaza, es decir, la intimidación a otros potenciales delincuentes.

La pena es un mal, en tanto y en cuanto, se ha producido o se ha puesto en peligro a un bien jurídico. En el caso peruano, la función de la pena responde al programa *punitur, ne peccetur* (se castiga, para que no se incurra de nuevo en pecado – Teoría relativas) antes que una función *punitur, quia peccatum est* (se castiga porque se ha pecado – teorías absolutas). Por ello, de acuerdo al Código Penal, el modelo punitivo tiene una orientación *aquende* (cerca de) de lo social, antes que *allende* (más allá) de lo trascendental. Los fines de la pena son: tiene un efecto intimidatorio (prevención general negativa - intimidación), la corrección (prevención especial positiva - resocialización), y hacer al autor del delito inofensivo (prevención especial negativa - reclusión). La inclinación de legislador peruano, sobre los fines de la pena, la encontramos en el artículo I, IV, VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, donde claramente se decanta sobre las teorías de la unión (fin de la pena retribución y de prevención). Lamentablemente, de acuerdo a las estadísticas de la incidencia delictiva por el delito de contaminación en el Distrito Fiscal de Cajamarca, la investigación demuestra que no se han emitido sentencias por el delito de contaminación del ambiente, pese a que la incidencia delictiva ambiental se incrementa cada día y el delito de contaminación del ambiente sea el tipo penal que más frecuente se comete, dentro de los delitos ambientales tipificados en el Título XIII del Código Penal.

La finalidad preventiva prospectiva del delito de futuro, se alcanza a través de un efecto aprendizaje, que se orienta a reforzar la conciencia colectiva para no cometer delitos y así reafirmar los valores éticos de la convivencia jurídica. Así pues, para impedir que se siga cometiendo hechos delictivos en la sociedad se tiene que estatuir un ejemplo frente al autor del delito a través de la aplicación de una pena, que servirá para que los demás eviten incurrir en delito.

La investigación ha demostrado, de acuerdo a la información de incidencia delictiva de delitos ambientales del Ministerio Público –

Cajamarca, que ante las denuncias presentadas ante la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental, por la comisión del delito de contaminación del ambiente, gran parte de estas han quedado en la fase de investigación fiscal (ver cuadros sobre información de incidencia delictiva ambiental) y no han llegado a activar la función jurisdiccional para dar la posibilidad a que el Poder Judicial ejerza su poder de punición - *ius puniendi* - a través del Juzgado Especializado en Materia Ambiental y así sancionar mediante la imposición de una pena, convirtiéndose la protección penal del ambiente en un mero idealismo sin aplicación real y efectiva.

En la presente investigación se demuestra que las denuncias por el delito de contaminación del ambiente no llegan a ser formalizadas, y tan solo fueron archivadas nivel de investigación fiscal. Esta situación demuestra que ante la escasa o casi nula sanción penal por la contaminación de nuestro ambiente; tiene como consecuencia el incumplimiento de la función de prevención de la pena – regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal peruano. El incumplimiento de la función de la pena, es tanto, general como especial, pues al no haber sanción penal, tampoco se da el mensaje de intimidación a la sociedad en general para que no se cometa este tipo de delitos. Por tanto, la finalidad de prevención de la pena en este tipo de delitos es tan solo ideal y no real, no hay aplicación, no existe ejecución de la pena y por tanto la amenaza de pena tampoco es real, y que tiene relación con la técnica legislativa utilizada, en donde la configuración del tipo depende de la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

Como se ha precisado, el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal peruano establece que: “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora (...)”. A propósito, la pena cumple tres funciones básicas: prevención general; prevención especial, y debe garantizar la protección de bienes jurídicos, como el medio ambiente. En la desprotección penal del ambiente a través de la inaplicación de penas

en el delito de contaminación, evidencia que no se cumplen estas funciones básicas de la pena.

Una protección penal eficaz del ambiente pasa por el hecho de que las penas con las que son sancionadas las conductas delictivas contra el medio ambiente se impongan realmente y no sean meros formalismos contenidos en los preceptos penales. La tipificación de una conducta delictiva y la aplicación de una sanción penal, solo se justifican si es que en la práctica se aplican realmente y por tanto se cumplan las tres funciones que hemos señalado, de lo contrario no responderían al objetivo mismo para la cual fueron creados, como es la protección del ambiente, como *ultima ratio*.

La utilización de la técnica legislativa de la remisión a la norma extrapenal – requisito de procedibilidad -, dificulta su operatividad y por tanto la aplicación de las penas previstas para este delito, y esto hace que el mensaje de prevención general y especial como función de la pena, establecido en nuestro Código Penal, no se concreten en la práctica, generando de esta manera que las conductas delictivas contra el medio ambiente queden impunes. Esta impunidad ambiental genera no solo desconfianza en el propio sistema penal en cuanto a la eficacia de la norma penal, como mecanismo jurídico para la protección penal del ambiente, sino además, genera en la sociedad un clima de desprotección del bien jurídico ambiente; pese a ser evidente el deterioro continuo y permanente del medio ambiente y de los recursos naturales, pues no se consigue frenar la criminalidad ambiental, pues pese a que se han incrementado el ámbito de protección penal y pese a que se han incrementado las penas para el delito de contaminación en especial (y sus formas agravadas) y los delitos ambientales en general, no se ha logrado emitir sentencias que demuestren que efectivamente, el bien jurídico ambiente se encuentra protegido desde el ámbito penal. Esta situación, lo que hace es promover (antes que prevenir) en los potenciales delincuentes ambientales a seguir cometiendo atentados

contra el medio ambientes, porque saben perfectamente que no se les impondrá una sanción penal.

3. Afectación de la titularidad del ejercicio de la acción penal

La acción penal es un poder – deber para activar la jurisdicción penal y se emita un pronunciamiento sobre una noticia criminal concreta. Es un poder jurídico cuya titularidad para su ejercicio, por mandato constitucional, se legitima al Ministerio Público, y cuyo ejercicio se realiza o regula por el Derecho procesal penal.

Nuestra investigación demuestra que la tipificación del delito de contaminación del ambiente bajo la fórmula de los tipos penales en blanco, y la exigencia del requisito de procedibilidad como exigencia obligatoria para un pronunciamiento del Fiscal, afecta el ejercicio de la acción penal, toda vez que, el Ministerio Público, en virtud del artículo 149° de la Ley General del Ambiente – Ley N° 28611, al estar obligado a solicitar el informe técnico fundamentado de la autoridad ambiental competente, se ve limitada su actuación en la investigación del delito, tanto para probar los hechos materia de la *notitia criminis*, como para probar la responsabilidad de los presuntos autores y la configuración del tipo penal de contaminación ambiental. El Fiscal en la investigación del delito debe actuar con objetividad e independencia de criterio, de manera estratégica (y la estrategia no debe limitarse a solicitar el informe fundamentado), recopilando la información relevante para el caso concreto, reuniendo los elementos de convicción, útiles, pertinentes y conducentes, respecto de la comisión del delito de contaminación.

De acuerdo a nuestro modelo procesal penal, el Fiscal tiene funciones claramente definidas, como es la dirección de la investigación, desde su inicio planificando la estrategia acorde con el caso, para lo cual debe diseñar las acciones que lo conduzcan a sus objetivos, utilizando un método que le permita tener un orden y resultados con eficiencia y

eficacia (artículo 65.4 y 322 del Código Procesal Penal). Además, tiene el deber de la carga de prueba, en virtud del cual el Fiscal al averiguar el hecho, debe recabar los elementos de convicción de cargo y de descargo suficientes respecto de los hechos que investiga. La investigación fiscal no se puede reducir a exigir la evacuación del informe de la autoridad ambiental, como requisito de procedibilidad, en donde se limitará a la calificación reglamentaria. La investigación del delito de contaminación del ambiente, por la naturaleza de los hechos no se debe limitar a lo que diga o no, la autoridad ambiental.

La investigación ha evidenciado que ese poder – deber del ejercicio de la acción penal (por mandato Constitucional y legal) que tiene el Fiscal en la investigación, persecución y la obtención de la carga de la prueba de la comisión del delito, se ve mellado, pues la opinión técnica de la autoridad administrativa, respecto de la vulneración a la legislación ambiental (Leyes, reglamentos o Límites Máximos Permisibles), se ha convertido en una cuestión determinante respecto de la formulación o no de la denuncia por contaminación del ambiente en su figura básica del 304° del Código Penal. En ese sentido, se demuestra que la exigencia del informe previo - como requisito de procedibilidad - estipulado en el artículo 149° de la Ley General del Ambiente, afecta el ejercicio de la acción penal que por mandato constitucional (artículo 159° de la Constitución) le corresponde al Ministerio Público, y por tanto, a las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental encargados de la persecución de los delitos ambientales, y como efecto de ello, se pierde la posibilidad de activar la actividad de los Juzgados Especializados en Materia Ambientales, para aplicar las sanciones penales que correspondan.

Se ha demostrado en la investigación, que la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco, tiene repercusión directa en la escasa o casi nula formalización de denuncias penales por delito de contaminación del ambiente y su consecuente archivamiento; pues, si

en el informe técnico se concluye simplemente que no se ha vulnerado la legislación ambiental sectorial (que como se ha señalado es muy dispersa y variable que puede afectar la misma calificación de los hechos), la Fiscalía, sin mayor indagación adicional, de inmediato archiva la investigación; es decir, la Fiscalía no realiza actuaciones o diligencias adicionales, para la obtención de la carga de la prueba respecto de si efectivamente o no, se ha producido un daño al ambiente o se ha puesto en peligro potencial a alguno de sus componentes. Es decir, la función del Fiscal en la investigación se ve entorpecida o condicionada por la calificación reglamentaria como requisito de procedibilidad en el delito de contaminación ambiental. En consecuencia, la actuación del titular del ejercicio de la acción penal en la persecución del delito de contaminación del ambiente, se realiza de manera mecánica, sin mayor actividad en la investigación del delito que la opinión técnica de la autoridad administrativa.

Según lo analizado, el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en concordancia con lo establecido en el artículo 159° de la Constitución Política, prescribe que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. En función a este dispositivo legal el Fiscal tiene el deber de conducir la investigación de los delitos pues tiene la carga de la prueba; y está en la obligación de realizar todas las diligencias necesarias para probar la comisión del delito. Sin embargo, el artículo 149° de la Ley General del Ambiente – Ley N° 28611, modificada por la Ley N° 29263, 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 técnico fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. Esta exigencia, como requisito de procedibilidad, repercute en el ejercicio de la acción penal, pues su actuación del Fiscal en la investigación del delito de

contaminación, está condiciona a las conclusiones del informe técnico fundamentado que emitan las autoridades sectoriales administrativas competentes. Cuestión a aparte, es las condiciones y las particularidades que debe contener el informe previo que dependerá en gran medida, no solo del sector que lo emite (Agricultura, Ambiental, Salud, Produce, Energía y Minas, Minam, Gobierno Regional, Gobierno Local, Ana, Sernap, Osinerming), sino por la calidad del evaluación y análisis de los hechos que los técnicos (ajenos a la investigación fiscal) realicen respecto del hecho materia de investigación. Por ello consideramos, que el Ministerio Público se debe contar y apoyarse en el trabajo de su propio equipo forense y no que no dependa su investigación del informe de un tercero, que en muchas cosas no cuentan con la calificación adecuada para emitir este tipo de informes que exige conocimiento especializados sobre los hechos materia de investigación.

En la misma línea, el numeral 2 del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, establece que “El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”. En virtud de este dispositivo legal el Fiscal debe conducir y controlar los actos de investigación, sin embargo, esta potestad se ve limitada, cuando la misma dependerá de una opinión técnica, y como ya señalamos, la labor de investigación de la Fiscalía en delito de contaminación, se ha convertido en una actividad mecánica, que significa poner la investigación del delito en manos de la autoridad administrativa, quedando relegada la función de investigación del Ministerio Público, y por tanto afectando a una de sus principales facultades constitucionales que tiene el Fiscal en la persecución penal o la pretensión punitiva. La calificación reglamentaria se convierte en uno de los puntos más problemáticos del tipo penal de contaminación, porque representaría en

la práctica la accesoriadad penal respecto del acto administrativo. Esto, en la práctica, convierte a la autoridad administrativa para que realice la labor de definir y llenar de contenido el mandato de determinación del tipo penal (Artículo 304 del CP). En suma, lo que sucede en la práctica es que, desde un punto de vista procesal, la persecución penal depende de la decisión u opinión de la administración.

El Fiscal debe organizar y diseñar su plan de investigación a fin de esclarecer los hechos denunciados. El ejercicio de la acción penal, se ejerce y cumple conforme al mandato de la Norma Fundamental de la manera más eficaz y sin condicionamientos. Por tanto, exige de la Fiscalía organizar la investigación de un delito de manera eficaz para llevar a buen puerto la posible sanción penal, que dependerá de las diligencias preliminares que realice. Sin embargo, la investigación demuestra que la exigencia del requisito de procedibilidad restringe la actividad de investigación del Fiscal en la persecución del delito de contaminación.

4. Ineficacia en la aplicación del delito de contaminación del ambiente

La investigación ha demostrado la ineficacia del tipo penal de contaminación, y para demostrar nuestra hipótesis nos hemos basado, de manera referencial, en la información estadística de Carpetas Fiscales sobre casos investigados por el delito de contaminación del ambiente, que se detalla en los siguientes cuadros:

Cuadro N° 01: Incidencia delictiva de delitos ambientales

INCIDENCIA DELICTIVA DE LOS DELITOS AMBIENTALES Distrito Fiscal de Cajamarca (2015 – 2016 con fecha de corte al 31 de enero de 2017) TOTAL DE CASOS: 140			
N°	ESTADO	Número de casos	Porcentaje (%)
1	Con ACUSACIÓN	17	12.1

2	Con ARCHIVO	63	45
3	Con Investigación Preliminar	24	17.1
4	Con Principio de Oportunidad	06	4.2
5	Con Reserva Provisional	09	6.4
6	Con Sentencia	01	0.71
7	Con Sobreseimiento	08	5.71
8	Con Formalización de Investigación Preparatoria	04	2.8
10	Con Terminación anticipada	02	2
11	Derivados	14	10
	TOTAL DEL CASOS	140	100%

Fuente: Ministerio Público

Cuadro N° 02: Incidencia delictiva del delito de contaminación del ambiente.

INCIDENCIA DELICTIVA DE LOS DELITOS AMBIENTALES DELITO DE CONTAMINACIÓN Distrito Fiscal de Cajamarca (2015 – 2016 con fecha de corte al 31 de enero de 2017)			
N°	ESTADO	Número de casos	Porcentaje
1	Con ACUSACIÓN	0	0
2	Con ARCHIVO	27	50.9
3	Con Investigación Preliminar	08	15.1
4	Con Reserva Provisional	04	7.4
5	Con Sentencia	0	0
6	Con Sobreseimiento	04	7.5
7	Con Formalización de Investigación Preparatoria	01	1.8
8	Derivados	09	16.9
	TOTAL DEL CASOS	53	100%

Fuente: Ministerio Público

La investigación demuestra que la incidencia delictiva contra el bien jurídico medio ambiente se ha incrementado y el delito que más se denunció e investigó es el delito de contaminación del ambiente.

Efectivamente la investigación demuestra que de todos los delitos ambientales tipificados en el Título XIII del Código Penal y que han sido materia de investigación durante el año 2015 a enero de 2017, y que representan el 100%, el delito de contaminación representa el 45% de casos investigados por la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental del Distrito Judicial de Cajamarca.

Lo que se evidencia, además, es que, de todos los casos investigados por el tipo penal de contaminación del ambiente, que representan el 100 %, tan solo el 1.8 % de ellos ha sido objeto de formalización de investigación preparatoria. El 50 % de ellos han sido archivados y en ninguno de los casos investigados se formuló acusación, y por consiguiente ninguna denuncia terminó con una sentencia en la vía jurisdiccional.

Esto demuestra la escasa o casi nula sanción penal por el delito de contaminación tipificado en el artículo 304° del Código Penal, pues no existe un caso en el que se haya emitido sentencia y gran parte de ellos terminan con disposición de archivo definitivo. Esta situación evidencia la ineficacia que tiene la aplicación del delito de contaminación en la protección penal del bien jurídico ambiente, como tipo básico de los delitos ambientales tipificados en el Código Penal peruano.

Otra de las consecuencias jurídicas que se ha determinado que tiene la aplicación del delito de contaminación de contaminación del ambiente como tipo penal en blanco, es que le resta eficacia en cuanto a su aplicación, lo cual se ha demostrado con el bajo índice de casos en los que se ha emitido una sanción penal por la comisión del delito de contaminación del ambiente. La ineficacia en la aplicación del delito de

contaminación tiene una importante repercusión en cuanto a la misma eficacia del Derecho Penal ambiental respecto de la protección de un bien jurídico de gran trascendencia en nuestros días, como es el medio ambiente, que representa la plataforma y base del disfrute los demás derechos.

La utilización de la ley penal en blanco, como una opción de técnica legislativa, en el delito de contaminación, si bien es utilizada en el Derecho Penal, y es muy utilizada en la tipificación de los delitos ambientales, esto no ha garantizado que el tipo penal sea operativo en la práctica y en consecuencia, se vea reflejado en una adecuada protección penal del ambiente. Pues, uno de los requisitos esenciales que debe tener la ley penal en blanco, es la certeza y la claridad de la norma extrapenal a la que se remite para completar el tipo, de lo contrario, como se ha demostrado en la investigación, se convierte en un obstáculo para una protección penal eficaz del medio ambiente.

El fundamento de la pena estriba en dos presupuestos: la protección de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social y hacer responsables a aquellos individuos responsables de la comisión de eventos daños que alteran esa convivencia. Por ello, se ha señalado que la aplicación de penas, obedece a todo un proceso o conjunto de decisiones político criminales que tienen por objetivo evitar más daños o riesgos a los bienes jurídicos fundamentales y así mantener el orden social. Sin embargo, en la protección penal del ambiente, a través de la aplicación de su figura básica, contaminación ambiental, la investigación demuestra que no existe aplicación de penas, deslegitimándose su función en la protección del bien jurídico ambiente, y el mismo el mismo objetivo del Derecho Penal, la prevención de delitos.

La investigación, además de demostrar nuestras hipótesis, abre las puertas para profundizar la investigación respecto de la protección penal del ambiente, a través de la elaboración de una verdadera política

criminal ambiental, para afrontar la problemática de las limitaciones que tiene el Derecho Penal clásico respecto de los nuevos eventos dañosos como la contaminación del ambiente, que responde a intereses de corte colectivo, antes que particular.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY N°....

El Congresista de la República que suscribe,....., en ejercicio del derecho de iniciativa en la formación de las leyes que le confiere en artículo 107 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 74 y 75 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 304 DEL CÓDIGO PENAL EL CUAL REGULA EL DELITO DE CONTAMINACION DEL AMBIENTE

Por cuanto:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

LEY N°..... QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 304 DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 1.- Objeto de la norma.

La presente norma tiene por objeto modificar el artículo 304 del Código Penal con la finalidad de mejorar la técnica legislativa del tipo penal, considerado como una ley penal en blanco, para contribuir a una mejora de la protección penal del ambiente.

Artículo 2° Modificación del artículo 304 del Código Penal

Modifíquese el artículo 304 del Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 304.- Delito de contaminación del ambiente

“El que infringiendo leyes sobre protección del ambiente *provoque* o *realice* directa o indirectamente emisiones, vertimientos o radiaciones que *causen* o *pongan en peligro* el ambiente o sus componentes como el aire, el suelo, el agua, la flora y la fauna será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis y con trescientos a seiscientos días multa.

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

Disposición Final

Única.- La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Lima,.... de.....del 2017

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. JUSTIFICACIÓN

El Código Penal tiene por finalidad la prevención de los delitos de y las faltas convirtiéndose en un medio para la protección de la persona humana y la sociedad como fin supremo del Estado. (Artículo I del Título Preliminar). Y, con este objetivo se han tipificado los delitos ambientales en el Código Penal peruano dentro de los cuales se ubica al delito de contaminación del ambiente. Para que se cumpla con el objetivo de prevención de los delitos ambientales, se debe proponer normas que permitan solucionar con eficiencia los conflictos, lo cual pasa por revisar los elementos normativos y descriptivos que permiten o no su operatividad. La norma penal ambiental es un instrumento legal que tiene que ser eficaz y eficiente para la lucha contra la criminalidad ambiental. Ello implica que las normas jurídicas que se utilizan deben ser claras, precisas, coherentes que respondan a una política criminal ambiental que a su vez sea respaldada por una institucional administrativa, fiscal y jurisdiccional sólida que permita la investigación y sanción de los delitos altamente complejos como los delitos ambientales.

El delito de contaminación del ambiente se ha tipificado utilizando la técnica legislativa de la ley penal en blanco, que significa que, para completar el tipo penal, es necesario que la normativa ambiental extrapenal (calificación reglamentaria) complete la tipicidad a partir del cual se evaluará la configuración del tipo. Sin embargo, consideramos que esta dinámica de dependencia de la norma penal ambiental respecto de la norma extrapenal, repercute directamente en la investigación del delito de contaminación del ambiente, convirtiéndose en un filtro para la sanción de los mismos, afectando la aplicación del tipo penal.

El presente proyecto normativo busca realizar precisiones en la tipificación del delito de contaminación del ambiente que permita mejorar su aplicación y por consiguiente la eficacia en el ámbito punitivo de la protección del ambiente. Si bien es cierto debe existir una conexión conceptual entre la norma penal ambiental y la norma penal extrapenal, ello no debe significar de ninguna manera, la supeditación de la primera respecto de la segunda para la configuración del delito de contaminación del ambiente tipificado en el artículo

304 del Código Penal. Lo que se pretende con el presente proyecto es solucionar algunas falencias que se presentan en la tipificación del delito de contaminación del ambiente, para hacerlo más operativo y dotarle de eficacia al momento de su aplicación y así combatir la criminalidad ambiental.

II. PROBLEMÁTICA AMBIENTAL Y SU ENFOQUE MULTIDISCIPLINARIO.

Abordar el problema de la contaminación del ambiente, es abordar el problema de esa relación básica, dinámica, dialéctica, especial entre el hombre y su entorno; pues en el medio ambiente se llevan a cabo una diversidad de relaciones de carácter social, político, educativo, económicos, filosóficos, etc.; lo que evidencia que el problema requiere de un enfoque multidisciplinario.

En el ambiente se desarrollan complejas relaciones entre los seres vivos y su medio, los ecosistemas sufren modificaciones, las especies de flora y fauna se van extinguiendo por la contaminación masiva del agua, del suelo y del aire. El hombre en ese afán de conquistar la naturaleza para satisfacer sus necesidades, toma decisiones de tipo político, económico, jurídico, técnico que muchas veces son desacertadas y que no hacen otra cosa, que ir contra la naturaleza; es decir, no existe una explotación racional de nuestros recursos naturales. En este sentido, la solución al problema no es un asunto exclusivo de las ciencias naturales, requiere además que estas decisiones se ensamblen con decisiones políticas y se tomen medidas teniendo en cuenta un enfoque multidisciplinario. Solo un enfoque que tomen en cuenta la coordinación y cooperación de los marcos conceptuales entre las diferentes disciplinas permitirá enfrentar con éxito este problema tan complejo. Por tanto, las acciones que se tomen, las estrategias que se elaboren, las políticas ambientales que desarrollen en el ámbito local, regional, nacional, deberán tener en cuenta este gran paradigma de sustentabilidad o sostenibilidad.

En el ámbito jurídico penal hoy en día se trata de combatir la criminalidad ambiental, cuando no contamos con una política criminal ambiental. La actuación del Estado en la lucha contra la delincuencia ambiental no se sostiene en una política criminal ambiental, que se acople o se inserte mínimamente en la política nacional ambiental y otras políticas sectoriales como del sector salud, energía y minas, recursos hídricos, agricultura, etc.,

además de las políticas en materia ambiental que son elaboradas por los Gobiernos Regionales y Locales.

III. PROTECCIÓN PENAL DEL AMBIENTE Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

La conservación y la protección jurídica del medio ambiente cobra vital importancia en un contexto en el que la relación hombre - naturaleza se ha visto desgastada, donde el primero busca su hegemonía sobre la segunda y en donde la segunda en una suerte de reacción responde de manera natural produciéndose lo que hoy en día conocemos como el fenómeno del cambio climático, cuyas causas sobre todo antropogénicas y cuyas consecuencias ya estamos padeciendo y que es altamente probable que se acentúen con el paso del tiempo. El medio ambiente es la plataforma fundamental en la cual el resto de derechos y libertades constitucionales se ejercen y se exigen. No se puede hablar del respecto de la dignidad de la persona humana si es que correlativamente con nuestras conductas afectamos esa plataforma base del ejercicio digno de los demás derechos fundamentales. En este sentido, los derechos fundamentales como el derecho a la vida, el derecho a la salud, derecho a la libertad, derecho al patrimonio (por mencionar solo algunos) no se puede ejercer dignamente en un medio altamente contaminado, en donde el hombre no tiene en cuenta que la naturaleza tiene límites que tiene que respetar, porque de lo contrario sufrirá con las consecuencias.

La actividad delictual ambiental socaba los cimientos de esa plataforma en la que la persona humana tiene que desarrollarse dignamente, ejerciendo sus derechos fundamentales con plenitud. Por tanto, cuando el Derecho penal no responde de manera eficaz y oportuna, y por tanto no es útil, en la protección del ambiente, pasa a formar parte del problema y no se constituye como una solución a la prevención o represión de los delitos ambientales; pues no estaría respondiendo a esa finalidad que tienen el derecho y el proceso penal en general que es la solución de los conflictos en busca de la paz social. Por ello, existe una íntima relación entre la protección del ambiente y la finalidad que tiene el Estado de proteger a la persona humana como fin supremo.

Si el *ius puniendi* del Estado se está mostrando ineficaz en la protección penal del ambiente, implica que no está cumpliendo con sus deberes

constitucionales, y por tanto, está minando las propias bases de su existencia. Pues no está garantizando que nuestros derechos fundamentales se ejerzan en un medio ambiente digno para el desarrollo de la vida. En consecuencia, se debe de tratar de buscar mecanismos eficaces para la aplicación de los delitos ambientales y que estos no sean meros tipos penales simbólicos sin ninguna eficacia y utilidad práctica.

IV. POLÍTICA CRIMINAL AMBIENTAL Y PROTECCIÓN PENAL DEL AMBIENTE.

Para hacer frente a la criminalidad ambiental, se tiene que tener en cuenta dos aspectos: Normativo y valorativo. En el nivel normativo se recoge valoraciones sociológicas, proyectando la penalización o no de una conducta, implica la sanción del Derecho positivo vigente (Derecho penal). El nivel valorativo, significa la articulación de todos aquellos medios, instrumentos, herramientas, instituciones y otros, que emplea el Estado, para posibilitar que el Derecho penal alcance sus objetivos primordiales (Política Criminal). Como señala Muñoz (1996) La política criminal es aquella ciencia política social, que se orienta y encamina a la formulación positiva, una lucha adecuada y eficaz contra la criminalidad, de arreglo con el principio de legalidad y de las instituciones encargadas funcionalmente de ejecutarla. La conflictividad social producida por el delito demanda una reacción del Estado a partir de razones de justicia y de utilidad, una conducta que pone en peligro los principios mínimos de convivencia social, estos factores normativos o de justicia; y otros factores empíricos o de utilidad, juntos constituyen la política criminal, es decir, las pautas a tener en cuenta por el legislador, en el proceso criminalizador. (p, 206)

La tipificación del delito de contaminación del ambiente, requiere de conocimientos técnicos ambientales especiales que se tiene que complementar con los conocimientos de Derecho penal, Derecho Ambiental y de las Ciencias Naturales. Y es que, en materia de Derecho Penal Ambiental es indispensable tener conocimientos amplios y rigurosos respecto de la dogmática penal, pues la complejidad técnica de los delitos ambientales y sus elementos normativos así lo requieren. Es el caso del análisis de la problemática del uso de la ley penal en blanco en el delito de contaminación del ambiente, en el que se cuestiona su constitucionalidad y su legalidad y su eficacia al momento de su

aplicación. Es importante que exista una estrecha relación entre dogmática penal y política criminal, para una adecuada estructuración de los tipos penales, y sobre todo, en los delitos ambientales en los que su estructura típica es altamente compleja y tecnicizada. Sobre dogmática penal, Roxin (1992) señala que: “Es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del Derecho Penal” (p, 35).

En el caso de los delitos ambientales, estos están redactados con un alto contenido técnico ambiental, de ahí su redacción compleja; por ello es necesario contar con una dogmática penal adecuada y herramientas doctrinarias, que permitan una adecuada interpretación y alcance de los tipos penales ambientales. Asimismo, es necesario que exista un adecuado marco legal administrativo ambiental sectorial, dada la accesoriedad administrativa en materia de protección penal del ambiente. Como señala Ibarra (2008) “La dogmática penal y las aportaciones doctrinarias, pueden permitir, en el plano práctico, importantes ventajas, como puede ser la formulación de un pliego de consignación apegándose a una estructura técnica, lo cual facilitará tanto la integración de una averiguación previa fundamentada y motivada, como el cabal y eficaz y pronto entendimiento por parte de los Jueces Penales” (p, 165)

En el contexto actual, es necesario y urgente la implementación de una política criminal ambiental para la creación y fortalecimiento de una importante y efectiva justicia penal ambiental en el Perú, con la finalidad de obtener una protección penal eficaz del medio ambiente. Su justificación estriba en razones de orden técnico ambiental como de orden jurídico, pues por el primero, por su eminente relación con la normatividad administrativa, y por el segundo, pues el Derecho penal no puede ser simplemente un simbolismo en materia penal ambiental, como está sucediendo en la actualidad, donde la criminalidad ambiental ha superado a la reacción del Estado, en donde este último se muestra inoperante e ineficaz en la protección del medio ambiente. Efectivamente la justificación de la implementación de una política criminal ambiental, es que permitirá una coordinación y coherencia a la actuación de los diferentes actores (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) involucrados en la investigación y sanción de los delitos ambientales, lo que permitirá efectividad en la lucha contra la impunidad ambiental imperante en nuestros días. Una

política criminal ambiental permitirá establecer lineamientos, mecanismos, instrumentos que permitan una coordinación entre las diferentes instituciones (del nivel local, regional y nacional) involucradas en la protección del ambiente, con la finalidad de uniformar criterios respecto de la aplicación de la norma penal ambiental (en especial el delito de contaminación del ambiente, que es materia de nuestra investigación).

V. LA TÉCNICA LEGISLATIVA DE LA LEY PENAL EN BLANCO EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE.

Una revisión de la estructura típica del delito de contaminación del ambiente nos permite verificar que el legislador ha utilizado términos que no son claros o precisos. Por ejemplo, cuando se utiliza de manera indistinta los términos perjuicio, alteración, daño grave según la calificación reglamentaria; que en última instancia tendrá que definir porque una conducta ocasionó un perjuicio o una alteración o un daño grave. No se entiende porque el legislador utilizó estos tres términos de manera diferenciada; y porque se hizo depender la configuración del delito de contaminación, de la calificación reglamentaria.

En un Estado Constitucional de Derecho el imperio de la Ley es un elemento fundamental. Pero sucede que muchas de ellas, son ineficaces, lo cual nos pone a reflexionar acerca del proceso de creación de la norma jurídica. Situación que evidentemente genera una “crisis de eficacia de la norma jurídica”, y no por una carencia de normatividad, sino todo lo contrario, por un excesivo volumen de normas jurídicas que en la práctica no son eficaces, ya sea por su falta de conocimiento, su entendimiento o su comprensión de su verdadero objeto o finalidad. Y ello tiene que ver con la técnica legislativa utilizada para su redacción. En el caso del delito de contaminación del ambiente, se dice que se justifica su complejidad en la redacción por la naturaleza y complejidad del bien jurídico que se pretende proteger. Sin embargo, esa complejidad en la tipificación del delito es la que dificulta su comprensión, su aplicación y por tanto su utilidad práctica.

La Técnica Legislativa tiene como finalidad dotar a las normas jurídicas de una redacción coherente, simple, clara y concreta, y de esta manera se hagan más entendibles para mejorar su aplicación y por consiguiente, lograr su eficacia, y

cumplir con el objetivo para la cual fue promulgada. El contenido de las leyes guarda características especiales, estas deben ser, en principio coherentes, homogéneas, completas, que obedezcan a un criterio de unidad, con un orden lógico que le otorgue claridad al texto normativo.

De acuerdo al Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República, el contenido de la ley tiene que tener las características siguientes: 1) Homogeneidad: sus disposiciones guardan relación entre ellas, evitando la inclusión de materias diferentes a su objeto. 2) Completitud: el objeto se trata en su totalidad, por lo que no admite legislación complementaria. Excepcionalmente, y en caso la materia lo exija, delega a un reglamento el desarrollo de temas específicos para su aplicación. 3) Unidad: forma un todo único e independiente. 4) Coherencia: Se presenta en dos formas: a) Coherencia formal: se refiere a los aspectos de la terminología. Se utiliza los mismos términos para expresar los mismos conceptos, evita la ambigüedad. b) Coherencia material: se refiere a la estructura argumentativa y lógica de la ley. Su observancia impide la presencia de redundancias y contradicciones. 5) Imparcialidad: no admite criterios subjetivos o parcializados”. Sin embargo, con respecto al delito de contaminación del ambiente no reúne con varias de estas características.

Del mismo modo, de acuerdo a la Guía de Técnica Legislativa del Ministerio de Justicia, una propuesta normativa, debe sujetarse a los siguientes principios básicos: 1) Debe ser un fiel reflejo de la decisión política que motivó la propuesta normativa. 2) Debe partir de un conocimiento pleno de la materia a abordar. 3) Debe estar basada en un análisis de la necesidad y viabilidad de la propuesta. 4) Debe ser respetuoso del principio de legalidad. 5) Debe ser coherente con el resto del ordenamiento jurídico. 6) Debe asegurar una lectura inequívoca del texto. Sin embargo, la técnica legislativa utilizada en el delito de contaminación del ambiente, tal y como se utiliza, no es la más correcta, porque la determinación de la gravedad del daño ambiental va depender de la calificación reglamentaria de una autoridad que no es jurisdiccional o de investigación, y que por tanto la sanción o no, dependerá de una calificación reglamentaria de tipo extrapenal. En ese sentido, consideramos que no se debe dejar a la “calificación reglamentaria” la investigación del delito de

contaminación del ambiente, dejando de lado la propia iniciativa o el poder discrecional que tiene el Ministerio Público en la investigación del delito.

V.1. Ley penal en blanco y reforma político criminal de los delitos ambientales.

El artículo 304 del Código Penal, es un caso de la ley penal en blanco en donde el supuesto de hecho no se encuentra regulado de manera completa en la misma norma jurídica, sino que se debe recurrir a otra norma jurídica para completar el supuesto de hecho. Es decir, se señala un género de conducta sancionable, delegando la acción punible a otras disposiciones reglamentarias.

Tras la reforma político criminal de los delitos ambientales, a través de la emisión de la Ley N° 29263 - “Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente”. El objetivo fue incrementar las penas y se crearon nuevos tipos penales, y sobre el delito de contaminación del ambiente, para supuestamente mejorar su eficacia, se modificó su estructura y quedó redactado de la siguiente manera:

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, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

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

En la Ley N° 29263, también se modificó el artículo 149° de la Ley General del Ambiente, respecto de informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental. A través de este dispositivo legal se exige que, en el caso de 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, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal.

“Artículo 149.- Del informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental.

149.1 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, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días, contados desde la recepción del pedido del fiscal de la investigación preparatoria o del juez, bajo responsabilidad.

Dicho informe deberá ser meritado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.

149.2 En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal que sean desestimadas, el fiscal evaluará la configuración del delito de Denuncia Calumniosa, contemplado en el artículo 402 del Código Penal.”

En el caso de la protección penal del ambiente existe una fuerte dependencia del Derecho Penal, respecto del Derecho Administrativo, a tal punto que las investigaciones por la comisión del delito de contaminación del ambiente, se depende excesivamente de la calificación reglamentaria de la autoridad administrativa, respecto de la infracción a la normativa ambiental. A tal punto que, la calificación del

supuesto de hecho contemplado en el tipo penal se delega a la opinión de una autoridad administrativa, que tan solo con su opinión dependerá si se sigue o no con la investigación de la comisión del delito.

V.2 Principio de la legalidad y la técnica legislativa de la ley penal en blanco.

El fundamento central en los que se basan aquellos que están en contra del empleo de la técnica legislativa de la ley penal en blanco, es que vulneran o trastocan el principio de legalidad. A continuación, mencionaremos a los doctrinarios que están en contra del empleo de esta técnica. Al respecto Jescheck (1993) señala que “la teoría de los tipos abiertos debe imaginarse como cerrado, ya que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito” (p, 335). Para este autor, la tipicidad es un circuito que debe contener el supuesto y la consecuencia jurídica; de no ser así el circuito de tipicidad queda abierto y con ello la vulneración al principio de legalidad. Por su parte San Martín (1999) señala que: “el empleo de la ley penal en blanco provoca problemas de naturaleza procesal en la medida que el proceso de integración propio de esta técnica originaria en los procesos penales la posibilidad de aplicar cuestiones prejudiciales” (p, 243). Muñoz (1996): "Por la propia complejidad de la materia", que hace "inevitable esta remisión, que solo puede ser limitada con una reglamentación administrativa clara y concisa, hoy por hoy inexistente, y una mayor relevancia del error cuando éste sea comprensible por la propia oscuridad o deficiencia de la norma administrativa". La remisión a la normativa reglamentaria administrativa tiene que ser precisa y clara, lo que no sucede en el caso de la remisión extrapenal que el legislador peruano ha realizado en el delito de contaminación del ambiente, toda vez que es una norma reglamentaria a la que se remite el tipo, es muy dispersa y poco clara, de manera que en estas condiciones la aplicación del tipo penal de contaminación del ambiente se hace muy dificultoso.

Tal como se encuentra redactado el tipo penal de contaminación del ambiente en el artículo 304° del Código Penal, por sus imprecisiones, ambigüedades, excesiva amplitud, y por su dependencia de la calificación

reglamentaria para su configuración está afectando su eficacia. En la medida que el mensaje normativo no se entiende con sencillez y claridad, peor aun cuando la remisión a la norma extrapenal es muy dispersa, afectando la certeza en la tipicidad de conducta. Consideramos que los elementos descriptivos y normativos que componen el supuesto de hecho no son muy claros y afecta obviamente la verificación de la consecuencia jurídica. Y esto se evidencia en la escasa sanción penal por este delito ya que gran parte de los casos concluyen con archivo en la Fiscalía. Efectivamente, la remisión y la dependencia de la normativa administrativa a través de la calificación reglamentaria, no permite tener claro cuál es el mensaje o la conducta prohibitiva. El tipo penal de contaminación ambiental está redactado utilizando en exceso elementos normativos y descriptivos.

VI. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

La comisión de los delitos de contaminación del ambiente se da sobre todo en el marco del desarrollo de una actividad económica, en donde la criminalidad ambiental genera lo que se conoce como externalidad negativa, es decir, las personas que realizan actividades económicas obtienen beneficios económicos, pero a su vez generan daños al ambiente y a la salud de terceros que no participaron de la actividad contaminante.

Por ello, es necesario adoptar medidas normativas para reducir la criminalidad ambiental, buscando que el derecho penal cumpla con su objetivo de protección y de prevención de delitos, a partir de una aplicación eficiente y eficaz del delito de contaminación del ambiente. En ese sentido, toda medida que busque la reducción de la criminalidad ambiental se entenderá justificada por cuanto procura un beneficio para la sociedad, en donde sus integrantes podrán ejercer sus derechos fundamentales en un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida.

La técnica legislativa de la ley penal en blanco, adoptada por el legislador en el delito de contaminación del ambiente, afecta directamente su eficacia, aplicación y utilidad práctica, de manera que modificar la norma para terminar con esa excesiva dependencia normativa de la norma penal ambiental –

artículo 304 del Código Penal - respecto de calificación reglamentaria, tendrá como objetivo que las investigaciones se lleven con independencia y de acuerdo a sus atribuciones constitucionales, lo que tendrá como beneficio la sanción de las conductas delictivas contra el medio ambiente y así disuadir a los criminales para que no cometan más delitos ambientales. Por tanto, el beneficio de esta medida está justificada por cuanto busca una actuación, eficiente, eficaz en la protección penal del ambiente.

La presente propuesta legislativa no genera gasto al erario nacional, pues lo que se busca es un mejor control penal y una eficiente y eficaz lucha contra la criminalidad ambiental, para generar más bienestar social, y habilitar condiciones para que el Estado cumpla con su objetivo de protección y defensa de la persona como fin supremo.

VII. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN

La presente iniciativa legislativa tiene como propósito modificar el artículo 304 del Código Penal el cual tipifica el delito de contaminación del ambiente, con la finalidad de realizar precisiones en el tipo penal y sobre todo para terminar con la dependencia de la configuración del delito respecto de la calificación reglamentaria de la autoridad administrativa, con el objetivo de contar con una norma penal que sea eficaz en la protección penal del ambiente.

CONCLUSIONES

1. La técnica legislativa de la ley penal en blanco utilizada en el delito de contaminación del ambiente, tipificado en el artículo 304 del Código Penal peruano, afecta el principio de legalidad, porque el legislador utilizando una remisión dinámica ha incorporado elementos normativos y descriptivos generando imprecisión en cuanto a la norma, reglamento o ley que debería de completar el tipo penal, de acuerdo a la calificación reglamentaria (requisito de procedibilidad); así como la ambigüedad en cuanto al bien jurídico protegido, vulnerando la certeza del tipo penal (*lex certa*), como uno de los presupuestos esenciales del principio de legalidad, infringiendo el mandato de determinación en el mensaje de la prohibición penal, dificultando de esta manera la interpretación, aplicación e integración de la norma penal ambiental.
2. En el Distrito Fiscal de Cajamarca, no se están aplicando sanciones penales por la comisión del delito de contaminación del ambiente, pues de acuerdo a la información analizada las investigaciones realizadas terminan con Disposición de archivamiento, no llegándose a activar la función jurisdiccional a fin de que el Juzgado Especializado en Materia Ambiental pueda ejercer el *ius puniendi* estatal para la protección penal del ambiente, a través de la imposición de una pena; en consecuencia, se vulnera la función de prevención, general y especial, de la pena contemplado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, convirtiéndose la protección penal del ambiente en un mero idealismo sin aplicación real y efectiva, desprotegiéndose un valor fundamental de la sociedad como es el bien jurídico ambiente.
3. Por mandato constitucional (art. 159 de la Const.), legal (art. 11 de la LOMP) y procesal (art. I del TP del CPP) el Ministerio Público es el titular en el ejercicio público de la acción penal y tiene el deber de la carga de la prueba (art. 14 de la LOMP) y debe asumir la conducción

de la investigación desde su inicio y proactivamente en defensa de la legalidad y de la sociedad, actuando de manera independiente según su criterio (art. 5 de la LOM); sin embargo, esta potestad se ve afectada por la técnica legislativa utilizada por el legislador en la tipificación del artículo 304 del CP, (ley penal en blanco dinámica) que se traduce en la exigencia obligatoria del requisito de procedibilidad (art. 149 de la LGA) consistente en la evacuación del informe fundamentado de la autoridad ambiental antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria, haciendo depender la configuración del tipo de la calificación reglamentaria, convirtiendo la función del Fiscal en mecánica y limitada a la opinión de la autoridad administrativa ambiental sectorial.

4. De acuerdo a las estadísticas oficiales sobre la incidencia delictiva de los delitos ambientales en el Distrito Fiscal de Cajamarca, el delito de contaminación del ambiente, es el delito que más se ha denunciado e investigado, y sin embargo, lamentablemente en ninguno de los casos se ha emitido sentencia condenatoria; situación que demuestra la inoperancia e ineficacia de la protección penal del bien jurídico ambiente, a través de la aplicación del delito de contaminación del ambiente, que tiene además, repercusión directa en el ejercicio y respeto del derecho fundamental que tiene toda persona a vivir en un ambiente sano y equilibrado como plataforma del ejercicio de los demás derechos.
5. Como se ha evidenciado el Derecho Penal, a través de la aplicación de la norma penal ambiental de contaminación, se muestra inoperante ante el avance de la criminalidad ambiental y el recurso a la utilización de la técnica dinámica de la ley penal en blanco y la accesoriedad administrativa de acto, tienen repercusión directa en su escasa aplicación, lo que demuestra las limitaciones que tiene el Derecho penal clásico, de corte individualista, para la protección de bienes jurídicos de corte colectivo o difuso como es el medio ambiente, y su

objetivo de ser medio protector de la persona humana y la sociedad (art. I del TP del CP) se diluye en la impunidad ambiental.

6. La problemática en la aplicación del delito de contaminación, forma parte de un todo que es la contaminación en general que involucra, no solo aspectos jurídicos, sino, además, aspectos políticos, sociales, económicos, ambientales, educativos. De esta manera, solo una visión holística con un enfoque multidisciplinario y transversal permitirá elaborar e implementar políticas de criminalidad ambiental que planten soluciones jurídicas de dogmática penal y procesal coherentes, reales y aplicables, para hacer frente al avance de la criminalidad ambiental.
7. La protección penal del ambiente, como componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos fundamentales, tiene relación directa con el contenido del derecho fundamental a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, cuya vigencia supone el disfrute no de cualquier entorno, sino solo del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad como fin supremo del Estado, y como correlato de ello, existe la obligación ineludible del Estado y los poderes públicos de proteger de manera efectiva este derecho, promoviendo normas jurídicas acorde con los fines que pretende alcanzar. En consecuencia, una protección penal ineficaz del ambiente tiene como consecuencia jurídica la afectación misma del derecho fundamental que tiene toda persona a vivir en un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida; pues la criminalidad ambiental socava las bases existenciales de la vida.
8. La técnica legislativa utilizada por el legislador en la tipificación del delito de contaminación del ambiente es inadecuada, porque ésta no obedece a la existencia o implementación de criterios o mecanismos de una política criminal ambiental, a la que se haya orientado y encaminado la formulación positiva del tipo básico de los delitos

ambientales, y ello se evidencia de la propia redacción del artículo 304 del Código Penal, la misma que, tal y como se ha analizado, es ambigua e imprecisa afectando su aplicación práctica.

9. La tipificación del delito de contaminación del ambiente tiene una estructura compleja que afecta su eficacia, porque complejos también son los elementos que se pretenden encuadrar en el tipo penal, como son: un bien jurídico complejo (los elementos de los que se compone son diversos y complejos: agua, aire, suelo, flora y fauna), interés difuso (un valor fundamental que pertenece a uno y a todos a la vez) y daño ambiental (caracterizado por ser indeterminado, continuado, acumulativo); todo ello repercute y afecta la eficacia de la persecución penal de la criminalidad ambiental a través de la aplicación del delito de contaminación del ambiente.

10. En un Estado Social y Democrático de Derecho la función principal que tiene el Estado, es la protección de la persona, pues la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; lo cual no se está cumpliendo en la protección penal del ambiente, porque se ha evidenciado la escasa o casi nula aplicación de sanciones penales por las conductas que atentan contra el ambiente.

11. La tipificación del delito de contaminación del ambiente se ha realizado desde una visión más antropogénica que ecocéntrica, porque del análisis exegético que se ha realizado del artículo 304 del Código Penal, el legislador ha considerado que para la configuración del delito de contaminación del ambiente se requiere la afectación, además de los elementos de los que se compone el ambiente, a la salud humana; y no a través de cualquier daño, sino también de la existencia de un daño grave, que en la práctica es difícil de probar. Es decir, se condiciona la configuración del delito a la gravedad del daño, a la afectación a la salud humana y la calificación reglamentaria, lo

cual representa un exceso en cuanto a los presupuestos para la configuración del tipo penal, lo que se traduce en su inoperancia.

12. La técnica del reenvío en el delito de contaminación afecta la actividad probatoria de la consumación del delito, porque no es una sola la autoridad ambiental competente a quien debe calificar administrativamente la acción, a través de su informe previo, sino que frente a un hecho pueden tener competencia varias entidades del Estado con competencias ambientales, lo cual dificulta identificar a la autoridad ambiental competente quien deberá de determinar o calificar reglamentariamente la gravedad del evento dañoso.

RECOMENDACIONES

1. Para una adecuada tipificación de los delitos ambientales y de manera especial del delito de contaminación del ambiente como su figura básica, el legislador, previamente debe elaborar una política criminal ambiental, con la finalidad de establecer lineamientos claros de persecución de las conductas delictivas contra el ambiente, así como unificar criterios para la tipificación y aplicación del delito de contaminación del ambiente; lineamientos y criterios que deberán ser elaborados con la participación activa de Jueces, Fiscales y Funcionarios de los órganos administrativos con funciones ambientales.
2. El legislador no debe condicionar la investigación del delito de contaminación del ambiente a un requisito de procedibilidad, como es la exigencia del informe previo de la autoridad administrativa quien se encargará de la calificación reglamentaria. No debe ser de exigencia obligatoria ni para el Fiscal, como tampoco del Juez, pudiendo estos ejercer su discrecionalidad en la investigación y sanción penal de las conductas delictivas que atentan contra el bien jurídico ambiente, para lo cual deberá de apoyarse en su propio equipo de Forenses en materia ambiental con el que cuenta el Ministerio Público.
3. El legislador deberá de mejorar la tipificación del delito de contaminación del ambiente, de manera tal que se lo haga más claro y preciso, en cuanto al mensaje punitivo y de esta manera se tenga claridad en cuanto a su aplicación práctica, lo que a su vez permitirá definir, cuándo se estaría incurriendo en la comisión del delito de contaminación del ambiente y cuándo constituirá solo una infracción administrativa a la legislación ambiental.

4. A los estudiantes de pre y posgrado y la comunidad jurídica en especial, deberán seguir realizando investigaciones de tipo técnico y legal, sobre las razones por las cuales la persecución y sanción de los delitos ambientales, es poco eficaz, lo que permitirá plantear soluciones ante la ineficacia de la norma penal ambiental y así reducir la impunidad ecológica imperante.

5. El Poder Judicial deberá de crear Juzgados Especializados en Materia Ambiental en todos los Distritos Judiciales del país, a fin de que realicen un trabajo conjunto y coherente con las Fiscalías Especiales en Materia Ambiental, pues los temas ambientales son altamente técnicos que requieren de conocimientos especializados, investigaciones especiales y por tanto, se requieren jueces especializados en materia ambiental.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abanto, M. (1998). *Una visión moderna de la teoría del delito*. Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia. Primera edición. Lima.
- Álvarez, G (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Universidad Central de Chile. Facultad de Derecho. Santiago, Chile.
- Andaluz, C. (2009). *Manual de Derecho Ambiental*. Segunda edición. Lima: Editorial iustitia S.A.C.
- Arroyo, L (2003). *Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. N° 8, Centro de Estudios Constitucionales. Mayo - Agosto.
- Barrero, J. (2008). *La contaminación ambiental como delito de resultado*. Colombia.
- Balbuena, S., & Beatriz L, (2012). Tesis titulada: *Alcance de la protección de los sistemas naturales y las bases naturales de la vida humana. Análisis de la legislación española y paraguaya*. Universidad Carlos III de Madrid, España.
- Bacigalupo, E (2000). *Derecho Penal Económico*. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina.
- Bacigalupo, E (1999). *La problemática constitucional de las leyes penales en blanco*. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina.
- Grosso, B., Svetaz, M., & otros. (1998). *Técnica Legislativa*. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires Argentina.

- Becerra, R. (2010). *Los delitos ecológicos*. Ediciones Jurídicas. Primera Edición. Lima.
- Bramont-Arias, L. (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Editorial San Marcos.
- Carhuatocto, H. (2009). *Guía de Derecho Ambiental. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., Perú.
- Caro, D. (2000). *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*. Lima: Editorial Grijley. Primera Edición, Perú.
- Caro, D. (1995). *La protección penal del ambiente. Serie de Tesis Seleccionadas*. Lima: Estudio Benítez, Mercado & Ugaz. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cobo Del Rosal, M (2006). *Comentarios al Código Penal Segunda Época*. Tomo X volumen II Libro II. Primera Edición. Cesej Ediciones, España.
- Comentarios a la Constitución Política del Perú de 1993. (2000). *Análisis artículo por artículo*. Obra Colectiva. Editorial Grijley. Lima, Perú.
- Código Penal. Decreto Legislativo N° 635. (2017) Edición Actualizada Mensual. Editorial Juristas Editores. Lima, Perú.
- Código Procesal Civil. Resolución Ministerial N° 10 - 93 - JUS. (2017) Edición Actualizada Mensual. Editorial Juristas Editores. Lima, Perú.
- Cury, E (1998). *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile.
- De Rivacoba, M. (1995). *Hacia una nueva concepción de pena*. Recuperado de: <https://www.cde.cl>.

De Rivacoba, M. (2009). *Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional*. Recuperado de [http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_1_8.pdf]

De La Rúa, F (1993). *“Teoría general del proceso”* Depalma, Buenos Aires – Argentina.

De La Oliva, A (1993). *“Derecho Procesal penal”*. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid – España.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Q.W Editores S.A.C, Vigésima Segunda Edición, 2005.

Etcheberry, A (2001). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo Primero. Tercera Edición Revisada y Actualizada. Editorial Jurídica de Chile.

Eser, A. (1998). *Derecho Ecológico*. Lima: Revista de Derecho Público, 1985 (Julio – Diciembre).

Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta S.A. Madrid, España.

Pérez, H (2007). *Manual de Técnica Legislativa*. Primera Edición. Editorial Konrad Adenauer Stiftung. Buenos Aires Argentina.

Fix - Zamudio, H (1995). *Metodología, docencia e investigación jurídica*. Editorial Porrúa, Cuarta Edición. Buenos Aires - Argentina.

Gómez, E (1987). *“Derecho Procesal penal”*. Editorial Artes Gráficas y Ediciones, Madrid - España.

- Hans-Heinrich J (1993). *“Tratado de Derecho Penal Parte General”*. Editorial Comares, Granada – España.
- Hegel, G. (1968). *Filosofía del Derecho*. Editorial Claridad. Primera edición. Editorial Claridad. Buenos Aires - Argentina.
- Hurtado, J (2011). *“Manual de Derecho Penal Parte General”*, Tomo I, Editorial IDEMSA, Cuarta Edición, Lima.
- Ibarra, S. (2008). *Delitos ambientales: dogmática penal y visión prospectiva*. Primera Edición. Editorial: Ubijus. México D.F.
- Jean Pierre Matus Acuña y otros. (2003). *Análisis dogmático del Derecho Penal Ambiental Chileno. A la luz de los compromisos asumidos por Chile en el Derecho Internacional*. Revista Ius et Praxis v.9 n.2. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000200002>
- Jescheck, H (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Comares. Primera Edición. Granada, España.
- Kant, E (1989). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Traducción Manuel García Morente. Primera edición. San Juan, Puerto Rico.
- Lamadrid, A. (2010). *El Derecho Penal Ambiental en el Perú. ¿Realidad Concreta o Simbolismo Práctico?* Primera Edición. Editorial Grijley E.I.R.L. Lima, Perú.
- Lara, L (1991). *Procesos de Investigación Jurídica*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México D.F.

Kierszenbaum, M. (2009). *El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: www.juridicas.unam.mx

Pacheco, M (2004). "*Conciencia Ecológica: Garantía de un Medio Ambiente Sano*". Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

Pisapia, G (1988). "Compendio di procedura penale. CEDAM, Padova, Italia, 1988.

Matus, J. (2003). *Análisis dogmático del Derecho Penal Ambiental Chile. A la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional: conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile*, Revista *Ius et Praxis* v.9 n.2. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000200002>.

Muñoz, F. (1999) *Teoría del delito*. Editorial Themis S.A. Primera edición. Bogotá, Colombia.

Muñoz, F., & García, M. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Editorial Tirant Lo Banch. Valencia, España.

Muñoz, F. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Editorial Tirant Lo Banch Valencia, España.

Mendo, A (2008). *Delito ecológico y norma penal en blanco: ¿una nueva orientación?* Recuperado-de: <http://www.revistas.pucp.edu.pe>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. "Guía de Técnica Legislativa para la Elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del

Poder Ejecutivo. Tercera Edición Corregida y Aumentada. 3era. Ed. 2016.

Pérez, H. (2007). *Manual de Técnica Legislativa*. Primera edición. Editorial Konrad Adenauer Stiftung. Buenos Aires, Argentina.

Peña, A (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Primera Edición. Editorial Rodhas S.A.C. Lima, Perú.

Peña, R. (1999). *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General*. Primera edición. Editorial Grijley. Lima, Perú.

Peña, A. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo IV. Lima: Editorial Idemsa. Lima, Perú.

Peña, A. (2010) *Delitos contra el medio ambiente*. Lima: Editorial Rodhas. Primera edición.

Peña, O. (2010). *Teoría del delito*. Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L. Primera edición. Lima, Perú.

Ruiz, E. (2000). *Principios de legalidad, proporcionalidad. En restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial. Editorial Osenzo. Madrid, España.

Hernández, R. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mc GRAW-HILL/Interamericana Editores, S.A. DE C.V. Quinta Edición. México. D.F.

Reyna Alfaro, Luis Miguel. En: "Derecho Penal y ley en blanco. Algunos apuntes sobre la problemática de la técnica del reenvío en las legislaciones penales europeas a propósito de la normativa

comunitaria”. *Revista Electrónica de Derecho* N° 41. Recuperado de:
<http://revistas.pucp.edu.pe>

Reátegui, J. (2006). *La contaminación como delito. Aspectos sustantivos y procesales*. Editorial: Jurista Editores E.I.R.L. Lima, Perú.

Roxin, C. (1992). *Sobre la criminalización de la sistemática y dogmática del Derecho Penal*. Segunda edición. Barcelona, España.

Roxin, C (1997). “Tratado de Derecho Penal. Parte General. TI”.
Traducción de la 2da. Ed. Alemania.

Rodríguez, M (2015). Tesis titulada: “*Justificación y necesidad de la tutela jurídico penal del medio ambiente en el derecho de la Unión Europea y en el derecho español*”. Universidad Complutense de Madrid. España.

Schunemann, B (2002). *Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente*. Editorial Tecnos. Madrid, España.

Uliana María Cano, U., & Erasso, R. (2004). Tesis titulada: “*El papel del Derecho Penal en la tutela del ambiente*”. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Bogotá, Colombia.

Vicente, T. (2002). *Justicia Ecológica y Protección del Ambiente*. Editorial Trotta S.A. Madrid, España.

Villavicencio, F (2006). “*Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley. Tercera Edición. Lima, Perú.

Vélez, A (1986). “Derecho Procesal penal. Tomo II. Editora Marcos Lerner. Córdoba – Argentina.

Páginas Web:

1. <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/ManualTecnicaLegislativa.pdf>
2. <https://es.scribd.com/document/58339847/Tipos-de-investigacion-en-el-area-juridica>
3. <http://www.kas.de/wf/doc/17520-1442-4-30.pdf>
4. http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1997_n1/Dog_Jur_Pen.htm
5. <http://www.carlosparma.com.ar/el-principio-de-legalidad-y-las-normas-penales-en-blanco-en-el-derecho-penal/>
6. <http://www.eumed.net/libros-gratis/2007a/257/7.1.htm>
7. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoambiental/2009/11/05/el-dano-ambiental/>
8. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/07/MINJUS-DGDOJ-Guia-de-Tecnica-Legislativa-3era-edici%C3%B3n.pdf>
9. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf>
10. <http://www.noticias-jurídicas.com>
11. www.padron.entretemas.com
12. http://www.elcastellano.org/glosario_ambiental.pdf
13. http://www.mpfm.gob.pe/fiscalias_especializadas/
14. <http://www.minam.gob.pe>
15. <http://www.tc.gob.pe>
16. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11675>
17. <https://www.minjus.gob.pe>
18. <http://www.corteidh.or.cr>

Sentencias del Tribunal Constitucional

1. STC EXP. N° 00964-2002-AA/TC
2. STC EXP. N° 00964-2002-AA/TC
3. STC EXP. N° 03510-2003-AA/TC
4. STC EXP. N° 00018-2001-AI/TC
5. STC EXP. N° 2758-2004-HC/TC