

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

TESIS:

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO FRENTE AL INFORME
TÉCNICO EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL
PREVISTO EN EL ARTÍCULO 304 DEL CÓDIGO PENAL**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

ELDA MADAHITH MACHUCA ALIAGA

Asesor:

Mg. DOMINGO CELESTINO ALVARADO LUIS

Cajamarca, Perú

2025

CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:
Elda Madahith Machuca Aliaga
DNI: 46976280
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Programa de Maestría en Ciencias, Mención: Derecho Penal y Criminología
2. Asesor: Mg. Domingo Celestino Alvarado Luis
3. Grado académico o título profesional
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
4. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:
Aplicación del principio precautorio frente al informe técnico en el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304 del código penal
6. Fecha de evaluación: **01/09/2025**
7. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: **09%**
9. Código Documento: **3117:489503956**
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: **16/12/2025**

*Firma y/o Sello
Emisor Constancia*

Mg. Domingo Celestino Alvarado Luis
DNI: 47834641

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2025 by
ELDA MADAHITH MACHUCA ALIAGA
Todos los derechos reservados



UNIDAD DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 16:32 horas, del día 15 de agosto de dos mil veinticinco, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. LORENZO PÉREZ LIVIA, M.Cs. NILO ROMÁN ROMERO, M.Cs. LUIS SÁNCHEZ ZÚÑIGA**, y en calidad de Asesor el **Mg. DOMINGO CELESTINO ALVARADO LUIS**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO FRENTE AL INFORME TÉCNICO EN EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 304 DEL CÓDIGO PENAL**, presentada por la Bachiller en Derecho y Ciencia Política, **ELDA MADAHITH MACHUCA ALIAGA**.

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 Diplomado (16).....la mencionada Tesis; en tal virtud, la Bachiller en Derecho y Ciencia Política, **ELDA MADAHITH MACHUCA ALIAGA**; está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 17:30 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Mg. Domingo Celestino Alvarado Luis
Asesor

.....
Dr. Lorenzo Pérez Livia
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Nilo Román Romero
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Luis Sánchez Zúñiga
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A Wilder y Mariana con quienes nos
esforzamos cada día.

AGRADECIMIENTO

A Dios por su bondad y a mi familia por
su apoyo incondicional.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	v
RESUMEN	xv
<i>ABSTRACT</i>	xvi
AGRADECIMIENTO	vi
INDICE DE FIGURAS	xiv
INTRODUCCIÓN	xv

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	14
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	14
1.4. OBJETIVOS.....	18
1.4.1. GENERAL.....	18
1.4.2. ESPECÍFICOS	18
1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	19
1.5.1. ESPACIAL.....	19
1.5.2. TEMPORAL	19
1.5.3. CONCEPTUAL.....	19
1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN	20
1.6.1. DE ACUERDO AL FIN QUE SE PERSIGUE	20
A. BÁSICA.....	20
1.6.2. DE ACUERDO AL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	21
A. EXPLICATIVA.....	21
1.6.3. DE ACUERDO A LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZAN	22
A. CUALITATIVA.....	22

1.7. HIPÓTESIS.....	23
1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	23
1.8.1. GENÉRICOS.....	23
A. INDUCTIVO – DEDUCTIVO	23
1.8.2. PROPIOS DEL DERECHO	24
A. EXEGÉTICO	24
B. DOGMÁTICO.....	25
C. HERMENÉUTICO	25
1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	26
1.9.1. TÉCNICA	26
1.9.2. INSTRUMENTO.....	27

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. FUNDAMENTO IUSFILOSÓFICO.....	28
2.1.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	32
A. LA INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA CONSTITUCIÓN COMO PILAR DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	32
a. LA CONTRIBUCIÓN DE FRANCIA AL CONSTITUCIONALISMO Y LA CONSOLIDACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	32
b. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS PACTOS: LA INFLUENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL CONSTITUCIONALISMO	35
B. LA DUALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA	37
a. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO ATRIBUTOS SUBJETIVOS DE LA PERSONA.....	38

b. Los derechos fundamentales como principios que irradian el ordenamiento jurídico: el problema de los valores en el Derecho	40
C. LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:	
ALCANCE Y REGULACIÓN.....	43
a. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	43
b. LÍMITES DIRECTAMENTE CONSTITUCIONALES Y LÍMITES INDIRECTAMENTE CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	44
c. LA TENDENCIA ARMONIZADORA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	44
d. DELIMITACIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	45
e. CONFLICTO DE INTERESES Y NO DE DERECHOS	46
2.1.2. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO	47
A. ANTECEDENTES	48
B. INSTRUMENTOS DE DERECHO PÚBLICO INTERNACIONAL	50
a. TRATADO DE MAASTRICHT (1993)	50
b. EL CONVENIO DE VIENA PARA LA PROTECCIÓN DE LA CAPA DE OZONO (1985).....	50
C. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO COMO UN VERDADERO PRINCIPIO DE DERECHO.....	51
a. ENFOQUE MÁS QUE UN PRINCIPIO	51
b. NORMA CONSUEUDINARIA EMERGENTE	51
c. FORMA DE ABORDAR LA INCERTIDUMBRE	52
d. PRINCIPIO	52
D. ELEMENTOS Y REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO	53
a. PELIGRO DE DAÑO GRAVE E IRREVERSIBLE.....	53

b. INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA E INDICIOS CONSISTENTES DE AMENAZA	53
c. INICIATIVA INSTITUCIONAL ANTE LA INCERTIDUMBRE ..	54
d. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO DE ACCIÓN VERSUS FALTA DE ACCIÓN.....	54
e. MEDIDAS PROPORCIONALES.....	54
f. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	55
E. PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	55
F. PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL	56
2.1.3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO.....	57
A. CONTENIDO	57
B. CLASIFICACIÓN.....	59
C. PRINCIPIOS	60
D. OBLIGACIONES DEL ESTADO	60
E. DERECHO DIFUSO Y POSIBILIDAD DE DESISTIMIENTO	61
2.1.4. FACTORES NATURALES Y AMBIENTALES PROTEGIDOS POR EL DERECHO AMBIENTAL	62
A. FACTORES AMBIENTALES	62
a. AGUA.....	63
b. SUELO.....	64
c. DIVERSIDAD BIOLÓGICA	65
d. ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS.....	66
e. ATMÓSFERA	68
2.1.5. EL MEDIO AMBIENTE	69
B. DEFINICIÓN	69
C. NOCIÓN JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE	70

D.EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y CONSTITUCIONAL	71
a. EL CONTENIDO DESARROLLADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	74
2.1.6. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	76
A.CONCEPTOS GENERALES: BIEN JURÍDICO	76
B.TIPICIDAD OBJETIVA	79
a. SUJETO ACTIVO	79
b. SUJETO PASIVO	81
c. MODALIDADES TÍPICAS.....	81
i. NORMATIVIDAD EXTRAPENAL, POLÍTICAS DE GESTIÓN AMBIENTAL, COMPETENCIAS FUNCIONALES:	81
ii. ESTRUCTURA Y NATURALEZA JURÍDICO-PENAL DE LA TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN LEGAL.....	87
iii. OBJETO MATERIAL	90
iv. VERBOS RECTORES.....	93
C.FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN	95
D.TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO.....	96
E.MODALIDAD CULPOSA.....	97
F.LA LEY N.º 29263 QUE INTRODUCE EL INFORME TÉCNICO COMO CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD Y SU APLICACIÓN AL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	97
a. NOCIONES PRELIMINARES	97
b. ANÁLISIS DE LA LEY N.º 26631 DEROGADA POR LA LEY N.º 29263 Y SU RELACIÓN CON LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA.....	99
G.AUTORIDAD AMBIENTAL COMPETENTE Y EL INFORME DE LA AUTORIDAD AMBIENTAL COMPETENTE	102
2.1.7. LA ACCIÓN PENAL	104

A. CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL	104
B. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA	106
a. OFICIALIDAD	106
b. ES PÚBLICA.....	106
c. ES INDIVISIBLE	106
d. ES OBLIGATORIA.....	107
e. ES IRREVOCABLE.....	107
f.ES INDISPONIBLE	107
C. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA.....	108
a. VOLUNTARIA.....	108
b. RENUNCIABLE	108
c. RELATIVA	108
d. EXCEPCIONAL	108
D. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD	109
a. PRESUPUESTOS PRIMARIOS	109
i. SUFICIENTES INDICIOS QUE ACREDITEN LA EXISTENCIA DEL DELITO	109
ii. RELACIÓN DE IMPUTABILIDAD ENTRE EL HECHO PUNIBLE Y LA CONDUCTA DEL INVESTIGADO.....	110
 CAPÍTULO III	
 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	
3.1. LA GARANTÍA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO	112
3.2. LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	127
3.3. LA PREVENCIÓN DE LA LIMITACIÓN INJUSTIFICADA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.....	136

CAPÍTULO IV.....	149
PROUESTA	149
PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 149 DE LA LEY N.º 28611 - GENERAL DEL AMBIENTE.....	149
CONCLUSIONES	153
RECOMENDACIONES	155
LISTA DE REFERENCIAS.....	156
ANEXOS	165

INDICE DE FIGURAS

Figura 1 Primer fundamento jurídico.....	125
Figura 2 Segundo fundamento jurídico	135
Figura 3 Tercer fundamento jurídico	148

RESUMEN

En el presente tratado, se ha buscado explicar los fundamentos jurídicos para luego aplicar el principio precautorio frente a la exigencia del informe técnico en el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304° del Código Penal. Para ello, se analizó el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, el principio de supremacía constitucional, el delito de contaminación ambiental y también se analizó el alcance de la acción penal en el delito de contaminación ambiental.

En esa búsqueda se determinó que los fundamentos jurídicos para aplicar el principio precautorio frente a la exigencia del informe técnico en el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304° del Código Penal son la garantía del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, la observancia del principio de supremacía constitucional y la prevención de la limitación injustificada del ejercicio de la acción penal.

En el apartado metodológico, en lo concerniente a la recopilación de datos teóricos, dogmáticos e históricos, se empleó el método exegético, el método analítico-sintético a fin de observar y analizar detalladamente la información y material bibliográfico. En contraste con ello, se utilizó la técnica de análisis de contenido y como instrumento, la hoja guía. Asimismo, para la estructuración de los constructos dogmáticos durante el desarrollo de la contrastación de la hipótesis se tuvo en consideración el método dogmático, acompañado de la técnica de argumentación jurídica.

Palabras clave: Informe técnico, principio precautorio, delito de contaminación ambiental, derecho a gozar de un ambiente equilibrado, principio de supremacía constitucional, acción penal.

ABSTRACT

In this treaty, we have sought to determine, and then explain, the legal bases for applying the precautionary principle against the requirement of the technical report in the crime of environmental contamination provided for in article 304 of the Penal Code. To this end, the fundamental right to enjoy a balanced environment, the principle of constitutional supremacy, the crime of environmental contamination was analyzed, and the scope of criminal action in the crime of environmental contamination was also analyzed.

In this search, it is determined that the legal bases for applying the precautionary principle against the requirement of the technical report in the crime of environmental contamination provided for in article 304 of the Penal Code are, the guarantee of the fundamental right to enjoy a balanced environment, the observance of the principle of constitutional supremacy and the prevention of unjustified limitations on the exercise of criminal action.

In the methodological section, regarding the collection of theoretical, dogmatic, and historical data, the exegetical method and the analytical-synthetic method were employed to observe and analyze the information and bibliographic material in detail. In contrast, the content analysis technique was used, with the guide sheet as an instrument. Likewise, for the structuring of dogmatic constructs during the development of the hypothesis contrast, the dogmatic method was considered, accompanied by the legal argumentation technique.

Keywords: Technical Report, precautionary principle, crime of environmental pollution, right to enjoy a balanced environment, principle of constitutional supremacy, criminal action.

INTRODUCCIÓN

En el Derecho Penal se proyectan diversas ramas de la ciencia jurídica, una de éstas es el Derecho Ambiental, éste último, a pesar de haber cambiado su énfasis sancionador por uno preventivo, sigue siendo uno de los puntos de apoyo más importantes de la protección del medio ambiente regulado por el Derecho Ambiental. No se debe olvidar que el fin tuitivo del medio ambiente persegurable por el Estado, es la garantía de los derechos fundamentales de la persona, ésta necesita de los recursos naturales para su manutención diaria y por lo tanto, su protección resulta indefectiblemente necesaria.

Así, siendo el medio ambiente el bien jurídico protegido por el Derecho Ambiental como medio para la garantía de derechos fundamentales, este fin no puede ser contravenido por regulaciones normativas que no justifiquen la persecución de dicho fin; como se demuestra en el presente trabajo, que el principio precautorio es superior a la exigencia del informe técnico en el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304 del Código Penal.

En el primer capítulo, se plantea el problema que se resuelve en la presente tesis, problema que surge de la necesidad de proteger al medio ambiente como medio para la garantía del derecho fundamental a un ambiente equilibrado, para la observancia del principio de supremacía constitucional, y para prevenir la limitación injustificada del ejercicio de la acción penal. Para llegar a la demostración se plantearon diversos objetivos como explicar el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado en el ordenamiento jurídico, en la doctrina y en la jurisprudencia, fundamentar el principio de supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico, en la doctrina y en la jurisprudencia,

analizar el delito de contaminación ambiental y establecer el alcance de la acción penal en el delito de contaminación ambiental, con apoyo del ordenamiento jurídico, en la doctrina y en la jurisprudencia.

El segundo capítulo de la presente tesis, se constituye de todo el contenido teórico o temático, recogido de los autores más importantes de cada área abordada, por ejemplo, respecto del Derecho Ambiental citamos Westreicher Andaluz, Wieland Fernandini, Vera Esquivel, respecto del Derecho Penal tenemos a Peña Cabrera, Barreto Cáceres, Salas Beteta, en Derecho Constitucional y Filosofía Jurídica a Castillo Córdova, Landa Arroyo, Pazo Pineda. Por su puesto, este trabajo se efectúo teniéndose en cuenta los objetivos planteados en el primer capítulo, y el método analítico y sintético, con el fin de analizar el contenido y escoger el más importante y relevante para la investigación.

Ahora, respecto del tercer capítulo, en este se ha empleado el método inductivo – deductivo y el método de la argumentación jurídica, con el fin de contrastar las categorías hipotéticas de la investigación, y así, demostrar la hipótesis a través la construcción del contenido de los fundamentos jurídicos que justifican la aplicación del principio precautorio para desactivar la exigencia del informe técnico en el delito de contaminación ambiental; este desarrollo argumentativo explica de qué forma el derecho a gozar de un ambiente equilibrado, la supremacía constitucional, y la acción penal como facultad necesaria del Estado, revierten dicha exigencia.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA

El Derecho Ambiental es una rama de la ciencia jurídica, relativamente, joven, al principio no se trataba de la protección de la naturaleza, sino que se trataba del derecho de la propiedad y la salud de las personas, de modo que su protección se medía en base a la comodidad o incomodidad que percibía una persona respecto de otras, en relación a sus bienes y a su integridad personal, se podría decir según Wieland Fernandini (2017) que, ésta es la primera etapa del Derecho Ambiental.

Luego, pasamos a una segunda etapa o concepción, en la que el ambiente se considera un bien independiente que merece protección en sí mismo. Sin embargo, como aún no se habían manifestado los problemas medioambientales transfronterizos, como la escasez de agua, la desertificación, la contaminación ambiental global, el daño a la capa de ozono de la atmósfera; los gobiernos no pusieron su atención en la regulación normativa más idónea para normar la utilización de los recursos naturales y los alcances de la transformación de las materias primas en productos altamente procesados. A esta etapa de inconsciencia jurídica ambiental, se la puede denominar la etapa intermedia o segunda etapa.

Ahora estamos en esta tercera etapa que es la del desarrollo sostenible, donde todos los Estados están de acuerdo con que el crecimiento económico debe venir acompañado de la protección de los recursos

naturales, vale decir, se busca el desarrollo integral de los pueblos, pero al mismo tiempo no se van a agotar los recursos o afectar el ambiente para adjudicar a las generaciones futuras, en suma, según Wieland Fernandini (2017), un balance del crecimiento económico y social es el desarrollo sostenible.

La idea de hoy, es fomentar la discusión sobre la viabilidad de una determinada actividad económica en función a los impactos ambientales que pueda provocar y cómo este impacto repercuta en la vida del ser humano; ya no estamos en la etapa inicial, la conversación hoy en día se ha vuelto más sofisticada, ya que todos tenemos claro lo que estamos dispuestos a sacrificar por el desarrollo de algún tipo de actividad.

Ahora, veamos de manera sucinta, las características del Derecho Ambiental, para luego abordar las cuestiones específicas de esta disciplina jurídica teniendo en consideración las vinculaciones que ésta tiene con las diferentes ramas de la ciencia jurídica.

El Derecho Ambiental no se compone solamente de normas jurídicas, particularmente el Derecho Ambiental es muy poco de normas, porque es una rama multidisciplinaria, su alcance y naturaleza es transversal, debido a que se vincula con muchas otras áreas del Derecho. Por ello, se dice que es multidisciplinario, porque para resolver algún tipo de problema ambiental, se tiene que recurrir al Derecho Civil, si se trataría por ejemplo de responsabilidad extra contractual, asimismo, se debe recurrir al Derecho Penal cuando se trate de delitos ambientales, entonces, el Derecho

Ambiental se vale mucho de otras ramas, del Derecho Administrativo, principalmente, para solucionar los problemas.

Es transversal, porque el Derecho Ambiental no sólo es Derecho, sino que estamos en constante dependencia de la tecnología y de la ciencia, por ejemplo, cómo sé qué es contaminar, cómo sé que sustancia va a contaminar, esa respuesta te da la ciencia, cómo sé si permito el ingreso de transgénicos al Perú, esa respuesta tampoco te la da el Derecho, te la da la ciencia y la tecnología, entonces, el Derecho Ambiental es una rama muy Multidisciplinaria – Transversal.

Luego tenemos que el Derecho Ambiental tiene vocación universal que en otras palabras significa que busca resolver problemas globales, no solamente hablamos de problemas propios de cada país, sino también de aquellos relacionados a la Antártida, por ejemplo, así también, el tema de las emisiones de carbono que no necesariamente se pueden generar en un país, pero tienen un impacto en todos lados. Ahora, respecto a su carácter intergeneracional, el Derecho Ambiental busca sentar las pautas de una generación para dejarle un ambiente determinado a la otra generación y así sucesivamente.

En esa línea, lo señalado anteriormente nos llevan a hacer la pregunta ¿Cuál es el objeto del Derecho Ambiental? no solo es el ambiente natural, sino el ambiente construido, la infraestructura que nos rodea, la convivencia entre lo natural y lo construido, la estructura gris y lo social, que es la interacción que tienen todos los seres humanos hacia esta infraestructura verde y gris; este ambiente, no es la suma de las cosas separadas sino es

como un sistema que busca regular básicamente la interacción humana con el ambiente en todas su facetas, de modo que, en resumidas cuentas, el objeto o bien que se busca proteger es regular normar y conservar la actividad humana que es parte del ambiente y la finalidad máxima del Derecho Ambiental es la prevención de los daños.

En tal sentido, existen muchos daños o impactos que no tienen posibilidad de ser remedados, a veces no podemos repararlos, por eso, como la protección del ambiente es la finalidad del Derecho ambiental, lo que busca es justamente prevenir su degradación, y en todo caso, si es que hubiera algún impacto minimizarlo, al nivel tolerable por la sociedad. El Derecho Ambiental, además, es público¹, el Estado regula, acá no media la voluntad de las partes, como “si quiero no contamino o no”, acá el “ambiente” es un bien valioso para todos; y, por tanto, todos estamos sujetos al cumplimiento de cualquier orden dictada por el Estado.

Como se vio en párrafos anteriores, la característica del Derecho Ambiental es ser transversal y multidisciplinario², por ello, la legislación ambiental no solo se limita a la regulación del medio ambiente, sino que se expande hasta la regulación de la relación entre el hombre y el medio ambiente, es decir, el Derecho Ambiental regula la utilización de los recursos naturales,

¹ Son de carácter imperativo y son dadas para el provecho común de la generaciones presentes y futuras; no admiten su elusión por acuerdos particulares, ni entre éstos y el Estado. La política ambiental encuentra su realización en la aplicación normativa, sin la primera no existe la segunda; para lograr un ambiente sano y el desarrollo sostenible es indispensable que el Estado adopte posición y, accione debidamente sus planes y programas. (Andaluz, 2016)

² Dadas las complejas realidades que regula, el derecho ambiental debe nutrirse y desarrollarse a partir de las diferentes áreas del conocimiento. Su elaboración y aplicación, exige la unión de equipos multidisciplinarios que abarquen otras ciencias además del Derecho. (Wieland Fernandini, 2017)

pero también la responsabilidad que asumen aquellos sujetos que lo hacen de modo exacerbado.

En esa línea, para comprender la problemática es necesario, primero, citar brevemente las normas ambientales más importantes de acuerdo a la organización del Sistema Nacional de Gestión Ambiental y, luego, las que nos atañen en el presente trabajo de investigación.

El Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SNGA) regulado por Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental Ley n.º 28245 (2004) y, posteriormente, con la Ley General del Ambiente Ley n.º 28611 (2005), el Sistema está integrado por: i) el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) con su ente rector el Ministerio del Ambiente, con Ley n.º 27446, ii) el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) con su ente rector el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado – SERNANP, con Ley n.º 26834, iii) el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA) con su ente rector el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, con Ley n.º 29325, iv) el Sistema de Gestión de Recursos Hídricos (SNGRH) con su ente rector la Autoridad Nacional de Agua – ANA, con su Ley n.º 29338, y, v) el Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA) con su ente rector el Ministerio del Ambiente, con su norma reguladora el Decreto Legislativo n.º 1013.

Ahora, claro que existen muchas otras normas de nivel nacional y de carácter ambiental, sin embargo, las normas ambientales que atañen al presente trabajo investigativo es la Ley General del Ambiente Ley n.º 28611

y, el Decreto Legislativo n.º 1013 que crea en el año 2008 el Ministerio del Ambiente.

Ya que el Derecho Ambiental, no solo se limita a regular el medio ambiente como agente aislado de la conducta humana, es que éste según la doctrina³, ha dejado atrás su carácter sancionador, para darle paso a una nueva era del Derecho Ambiental, esta vez, preventivo. Para ello, la doctrina señala que, en vez de procurar acrecentar las penas o las sanciones económicas, el Derecho Ambiental debe prevenirlos, regulando normas, que no sancionen con penas altísimas, sino que inhiban las conductas abusivas y exacerbadas del hombre hacia el medio ambiente.

Sin embargo, suponemos que Perú experimentaba, años atrás, un Derecho Ambiental todavía sancionador, así, en el mes de octubre del año 2008, en el gobierno del presidente Alan García, se promulgó la Ley n.º 29263 Ley que modificó el Título XIII del Código Penal, introduciendo los delitos Ambientales, reforzando las sanciones para aquellos quienes los cometan, así tenemos el artículo 304 que regula el delito de contaminación ambiental, delito que es parte del objeto *in examen* del presente trabajo.

De cierto modo, la actuación política del Estado al tratar de sancionar cada vez más a los infractores de las reglas ambientales – penales, es válida y comprensible, debido a que, como Estado no tenemos los recursos necesarios⁴, para aplicar de continuo, instrumentos de gestión ambiental

³ Carácter preventivo del Derecho Ambiental: las normas ambientales están dirigidas fundamentalmente a impedir daños, y no la regulación de sanciones para los causantes, ya que, las consecuencias podrían afectar gravemente a la biosfera y al hombre. (Wieland Fernandini, 2017)

⁴ En el Perú, nuestros recursos no nos permiten fiscalizar diligentemente, la debida aplicación de los Instrumentos de Gestión Ambiental preventivos como la Declaración de Impacto

que reduzcan la posibilidad de daños ambientales irreparables. En ese sentido, en nuestro ordenamiento jurídico conviven, no solo en materia ambiental, diversos tipos de responsabilidades que se le atribuyen a los sujetos que pervierten las normas y las transgreden, así tenemos que en derecho ambiental la responsabilidad ambiental, puede derivar en responsabilidad civil, responsabilidad administrativa y responsabilidad penal.

Respecto de la responsabilidad ambiental administrativa, según el amplio bagaje normativo, el Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) está a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, en materia de minería, hidrocarburos, pesquería, electricidad, industria y, en algunos sectores, todavía se encuentran a cargo de autoridades sectoriales, como direcciones o gerencias regionales del medio ambiente, las sanciones, pueden varias desde amonestaciones, hasta multas de 30 mil unidades impositivas tributarias.

Ahora, respecto a la responsabilidad civil, esta puede ser contractual o extracontractual, dependiendo de la naturaleza o de la fuente de la que surge el daño, que puede ser una obligación general sin contrato o, una obligación ligada al cumplimiento de una prestación contractual. Sin embargo, no tenemos regulado en el Código Civil hasta la fecha el daño ambiental. Esta situación acarrea muchas discusiones dentro de la

Ambiental (DIA), el Estudio de Impacto Ambiental semi detallado (EIA-sd) y, el Estudio de Impacto Ambiental (EIA-d), así como, la debida aplicación de los Instrumentos de Gestión Ambiental de Control donde tenemos a los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y a los Límites Máximos Permisibles (LMP), ni a los Instrumentos de Gestión Ambiental de Rehabilitación como el Plan de Cierre y los Programas de Adecuación de Manejo Ambiental (PAMA). (Andaluz, 2016).

academia y la doctrina, debido a que, el modelo de responsabilidad civil está diseñado para reparar daños que estén vinculados directamente a la persona, sin embargo, aquí, si se reflexiona lo suficiente, nos daremos cuenta que, si el daño se causó al ambiente y como efecto rebote causó daño a la persona, lo primero que se tiene que reparar es el ambiente.

En ese sentido, si el titular del ambiente es la nación y, consecuentemente, el titular de su administración es el Estado, parte o todo el monto indemnizatorio iría al Estado, y no a la persona dañada, que tendrá que conformarse, únicamente, con su bienestar a futuro, luego de haber reparado la parte dañada del medio ambiente. Bueno, esta es otra discusión.

En lo que respecta a la responsabilidad penal, que es la que más nos interesa en el presente trabajo, como se mencionó en líneas anteriores, tenemos a la Ley n.º 29263, que introduce en el Título XIII del Código Penal a los delitos ambientales, dentro de ellos al delito de contaminación ambiental en el artículo 304.

En este apartado, ya encontramos problemas en la identificación del sujeto o agente capaz de poder perpetrar el delito y, sobre todo, surge una problemática de dogmática penal, es decir, qué sentido tiene la norma penal para perseguir el delito de contaminación ambiental, así Peña Cabrera (2010), menciona:

Dicho lo anterior, el comportamiento penalmente prohibido se instituye como una norma penal en blanco, donde la remisión a la legislación extrapenal constituye una labor irreversible del intérprete, en orden a elaborar la técnica de hermenéutica jurídica, de fijar los alcances normativos del tipo penal en cuestión. No nos vamos a

detener sobre la discusión legitimadora de esta construcción normativa, sólo diremos que su formulación en sede extrapenal debe cumplir en rigor con el mandato de determinación, en lo que respecta a la lex estricta, en tanto, garantía de certeza y seguridad jurídica (pp. 122 - 123)

Reátegui Sánchez (2006), también hace referencia al mismo problema:

En ese sentido, la opción del legislador patrio ha previsto la utilización de la norma penal en blanco, que en muchas ocasiones viola el principio de reserva (por ej. las resoluciones ministeriales, decretos supremos definen o limitan la actividad contaminante de cada sector industrial), y su utilización resulta ser, en la mayoría de veces, un "mal necesario". En tal sentido, el art. 304° del CP para completar el supuesto de hecho, se necesitará saber dos extremos específicos. En primer lugar, cuáles son las "normas de protección del medio ambiente" y en segundo lugar, siempre que éstas superen los "límites establecidos" por la norma (administrativa) correspondiente. Ahora bien, cuando el tipo penal establece "normas del medio ambiente", no solamente se está refiriendo a normas protectoras del ambiente, sino también, a partir de la vigencia de la Ley 26631, a normas que condicionan la perseguidabilidad del delito de contaminación (pp. 217-219).

En el Derecho Ambiental se regulan diversos tipos de Instrumentos de Gestión Ambiental, un tipo de ellos son los IGA de Control⁵, ahí tenemos a los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y a los Límites Máximos Permisibles. Los primeros, solo sirven como parámetros para elaborar normas que controlen la contaminación ambiental, por tanto, no son exigibles administrativamente, mientras que, los segundos, son de cumplimiento obligatorio, y su desobediencia conduce a la sanción administrativa, civil o penal.

⁵ ECA: Establece las condiciones de calidad adecuadas para el ambiente, indican cuál es el máximo nivel de inmisión, es decir, mide la contaminación en el cuerpo receptor (afuera). LMP: Representan el grado o nivel de concentración de elementos o sustancias en una emisión que, al ser excedida, causa o puede causar daños en el ambiente o en la salud, por tanto, su cumplimiento es obligatorio y exigible en vía judicial y administrativa. Miden la contaminación en la fuente de emisión (adentro). (Wieland Fernandini, 2017).

Los Límites Máximos Permisibles (LMP), son determinados por el Ministerio del Ambiente, según el Decreto Legislativo n.º 1013, en concordancia con la Ley General del Ambiente Ley n.º 28611. Pero, lo realmente importante, es mencionar que no existen LMP normados en todos los sectores económicos, debido a la falta de recursos tecnológicos para poder medirlos, de modo que, el Estado se ve obligado a depender de los recursos tecnológicos de las mismas empresas que depredan nuestros recursos naturales.

Como señalaba Reátegui Sánchez (2006), el perseguidor del delito de contaminación ambiental, debe limitar su actuación constitucional, a las normas jurídicas ambientales que protejan el medio ambiente, como las que normen los Límites Máximos Permisibles (LMP), y no solo ello, sino también debe limitar su actuación fiscal, a las normas de procedibilidad, como la contenida en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, que establece como necesario un informe técnico de la autoridad ambiental, como requisito para viabilizar el pronunciamiento fiscal en la etapa intermedia del proceso penal, situación que debilita la justicia ambiental y fortalece la impunidad de hechos ilícitos que dañan al ambiente, porque las autoridades ambientales (todo el sistema de gestión) no cuenta con los recursos necesarios para emitir un informe técnico idóneo para formalizar investigación y acusar, asimismo, en diversas oportunidades⁶, las mismas

⁶ Reátegui Sánchez (2006), señala que, la Ley n.º 29263 que modifica el art. 149 de la LGA ha mantenido la exigencia de un informe previo emitido por la autoridad ambiental como condición para el ejercicio de la acción penal que es requisito de procedibilidad para efectos de formalizar investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal el que debe ser evacuado en el plazo de 30 días. El art. 149 de la Ley General del Ambiente dice que: Inciso 1. La formalización de la denuncia por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, requerirá de las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental. El informe

autoridades señalan plazos para que los agentes, puedan reparar el daño o subsanar sus acciones infractoras delictivas, de modo que los informes técnicos en vez de reflejar la conducta delictiva, muestran impunidad camuflada en aparente cumplimiento de la normativa ambiental.

Pero, qué tal si en vez de observar obligatoriamente el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, lo inaplicamos y recurrimos al principio precautorio regulado en el artículo VII del título preliminar de la misma, Ley, es decir, qué tal si le quitamos la obligatoriedad del informe técnico y le otorgamos al Ministerio Público el pleno ejercicio de su facultad constitucional que es la acción penal. En todo caso, si no le quitamos la obligatoriedad, por lo menos, quitémosle la condición de ser requisito para el pronunciamiento del fiscal en la etapa intermedia del proceso penal,

será evacuado dentro de un plazo no mayor a 30 días. Si resultara competente en un mismo caso más de una entidad sectorial y hubiese discrepancias entre los dictámenes por ellas evacuados, se requerirá opinión dirimente y en última instancia administrativa al Consejo Nacional del Ambiente, hoy en día Ministerio del Ambiente;

Inciso 2: El Fiscal deberá merituar los informes de las autoridades sectoriales competentes o del Consejo Nacional del Ambiente según fuera el caso. Dichos informes deberán igualmente ser meritados por el Juez o el Tribunal al momento de expedir resolución;

Inciso 3. Los casos en que el inversionista dueño o titular de una actividad productiva contare con programas específicos de adecuación y manejo ambiental -PAM- esté poniendo en marcha dichos programas o ejecutándolos, o cuente con estudios de impacto ambiental, sólo se podrá dar inicio a la acción penal por los delitos tipificados en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal si se hubiere infringido la legislación ambiental por no ejecución de las pautas contenidas en dichos programas o estudios según corresponda.

Con este obstáculo procesal, como es sabido, el Ministerio Público no puede formalizar la correspondiente denuncia, pues muchas veces el informe técnico del sector competente llega a la conclusión: «que la empresa investigada se está adecuando al programa, los cuales deberán cumplir, en forma paulatina con las recomendaciones dictadas por dicho sector».

Es más, las entidades sectoriales conceden plazos excesivos para que las empresas puedan solucionar su problemática ambiental. Sin embargo, la realidad demuestra que las personas que viven en el entorno de las empresas son y siguen siendo afectados en su salud producto de la contaminación. La pregunta sería ¿Si ante la negativa del sector competente, el Ministerio Público puede adoptar la otra vía formalizando denuncia por delito contra la salud pública, ¿si se demuestra que hay una contaminación ambiental en la población? La respuesta sería positiva. Los delitos "alternativos" en el Código penal serían: art. 286 pero bajo determinadas modalidades: "contaminar" sólo aguas o sustancias que tengan como objetivo el consumo humano. También el art. 287 -segundo párrafo-en su modalidad agravada. Además, se contempla una modalidad genérica culposa (art. 295) para los arts. 286 a 289 CP (pp. 219, 220).

porque esta situación condicional podría acarrear el surgimiento de estados de impunidad que debiliten la justicia ambiental, asimismo, esta condición podría vulnerar el derecho fundamental que tiene toda persona de manera individual y colectiva, a nivel local y universal, a gozar de un ambiente equilibrado, si esto sería así, surgiría una contraposición entre el artículo 2 inciso 22 la Constitución que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y, el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, donde el vencedor, en vez de ser el precepto constitucional, según el principio de supremacía constitucional del artículo 51 de la carta fundamental, sería la norma legal, contraviniendo nuevamente la Constitución; y, por último, si la condición persiste, se debilitaría la facultad constitucional que tiene el Ministerio Público de ejercer la acción penal para perseguir e investigar el delito, asimismo, debilitaría nuestro sistema de justicia, es decir, que origina una situación de debilitamiento de la tutela jurisdiccional como principio y derecho fundamental de todo ciudadano.

Por qué ha de aplicarse u observarse el principio precautorio, porque el principio precautorio, según el artículo 1 de la Ley n.º 29050 que modifica a la Ley Marco del Sistema de Gestión Ambiental Ley n.º 28245 es:

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

Es decir, el principio precautorio es la garantía de que un modelo de Estado Social y Democrático, está cumpliendo con su fin, que es procurar el bienestar de la persona garantizando sus derechos fundamentales a través de la satisfacción de necesidades y la protección de sus intereses. Según este principio, no es necesaria la certeza científica o técnica para poder identificar un inminente daño ambiental; de modo que, resulta evidente que este principio es necesario en los países en desarrollo como Perú, donde el Sistema Nacional de Gestión Ambiental, no reúne los recursos suficientes para fiscalizar, sancionar y evacuar informes a la autoridad a cargo de la investigación de conductas que le cause daños graves al ambiente, como son los delitos ambientales.

Desde esta perspectiva se debe plantear la interrogante ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para aplicar el principio precautorio frente a la exigencia del informe técnico en el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304° del Código Penal? En el presente trabajo, sostendemos que el principio precautorio debe flexibilizar la obligatoriedad del informe técnico como requisito para que el fiscal pueda emitir pronunciamiento en la etapa intermedia del proceso penal por delito de contaminación ambiental, porque de ese modo, se garantizaría el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, se respetaría irrestrictamente el principio de supremacía constitucional y se prevendría la limitación injustificada del ejercicio de la acción penal a cargo del Ministerio Público. En esa línea se desarrolla el presente trabajo, justificando dicha flexibilización o inaplicación del artículo 149 de la Ley General del Ambiente

que repercute en la persecución del delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304 del Código Penal.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para aplicar el principio precautorio frente a la exigencia del informe técnico en el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304° del Código Penal?

1.3. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo cuenta con un alto nivel de reflexión iusfilosófica sobre el carácter imperativo del sistema jurídico (Constitución, Código Procesal Penal y Ley General del Ambiente) y su vulnerabilidad ante la endeble forma de garantizar los derechos fundamentales, como el derecho al ambiente equilibrado y ante el seudo poder autónomo como la acción penal del Ministerio Público, que alimenta uno de los tres poderes clásicos: el Poder Judicial, encargado de garantizar la justicia a través de la garantía de la tutela jurisdiccional. En tal virtud, el alcance reflexivamente moral, convierte a la presente tesis en un trabajo de investigación que justifica en sí mismo su desarrollo.

Dentro de los métodos, técnicas e instrumentos de investigación empleados para el desarrollo del presente trabajo de investigación, están los más empleados en los trabajos de tesis en nivel de maestría, en general y en la especialidad de Derecho, así tenemos el método inductivo – deductivo, el método analítico, el método sintético, el método hermenéutico, el método argumentación jurídica. Asimismo, siendo un trabajo dogmático

– jurídico, se empleó la técnica de análisis de contenido, y en lo que respecta al instrumento se utilizó la hoja guía para organizar de manera ordenada el contenido objeto de estudio. En ese sentido, siendo que el trabajo investigativo se ha desarrollado teniéndose en cuenta los métodos, técnicas e instrumentos aceptados convencionalmente por la metodología jurídica, deviene su justificación metodológica.

En el presente trabajo se representa un interesante debate sobre el fenómeno jurídico, que se origina de la premisa que asegura la validez o invalidez, existencia o inexistencia del principio precautorio dentro del Derecho Ambiental, el mismo que dependiendo de lo anterior, podrá proyectarse o no proyectarse en el Derecho Penal, específicamente durante la tramitación del proceso penal por la comisión del delito de contaminación ambiental, en el cual, la procedibilidad de la imputación requiere, adjetivamente, no de las implicancias del principio precautorio, sino del denominado informe técnico emitido por la autoridad ambiental. Esta discusión, tiene un nivel alturado dentro de la esfera jurídica que comprende las propuestas de solución a los problemas de entendimiento e interpretación de cualquier sistema jurídico que goce de imperatividad; y, por ende, de seguridad jurídica que, a su vez, implique la concreción de una de los fines del Estado: El control social o la convivencia armoniosa entre los miembros de una sociedad y, entre la sociedad y su gobierno. La discusión jurídica plasmada, comprende la razón que justifica la presencia del presente trabajo dentro del campo del Derecho.

El presente trabajo refleja una de las casi infinitas contraposiciones, tensiones o disonancias que presentan las normas jurídicas entre sí, ésta, encierra una muy grande razón justificativa para efectuar su descripción, análisis, explicación y propuesta de solución. En este caso, se trata de la contraposición que surge entre la regulación de la Ley General del Ambiente que determina al informe técnico ambiental de un presunto daño ambiental, como requisito o condición de procedibilidad de la acción penal en el delito de contaminación ambiental regulado en el artículo 304 del Código Penal y el principio precautorio regulado en la misma Ley General del Ambiente, que es parte de la garantía del contenido esencial del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado.

En esa línea, ante la existencia de una contraposición normativa entre la Constitución y la Ley, se debe obedecer a la primera, como principio general, y en términos argumentativos, no habría razón racional que permita justificar la obligatoriedad del informe técnico por sobre la procedencia de la acción penal en pro de la garantía del derecho al ambiente equilibrado, a través de la observancia del principio precautorio, sino todo lo contrario, el haber argumentativo se balancea a favor del derecho fundamental de carácter ambiental orientado por el principio precautorio, para evitar el debilitamiento de la acción penal como facultad que nutre a la administración de justicia. De ahí, la justificación normativa del presente trabajo.

Asimismo, el presente trabajo investigativo tiene una vinculación social, puesto que se trata de evaluar la garantía plena de un derecho fundamental

atribuible a cada uno de los individuos que conforman la sociedad, no olvidemos el postulado del profesor Ferrajoli (2010), en un Estado social y democrático, el fin del Estado (gobierno y sociedad) es la garantía de los derechos fundamentales. El presente trabajo de investigación busca proponer una solución para que se deje de aplicar un apartado normativo de la Ley General del Ambiente por el alcance del principio precautorio del Derecho Ambiental, en el delito de contaminación ambiental, con el fin de salvaguardar el derecho al ambiente equilibrado, de fortalecer la acción penal y para evitar la impunidad ante el probable archivamiento de los procesos penales por dicho delito. Si esto es así, el trabajo es enteramente justificado debido a su relevancia no solo jurídica sino social.

Finalmente, se debe precisar que existen diversos trabajos de investigación en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI, que desarrollan, a diferencia de esta presente investigación, la importancia del informe técnico emitido por la Autoridad Ambiental, para que la fiscalía realice una debida fundamentación del requerimiento acusatorio o de sobreseimiento. En todo caso, la relevancia de la presente investigación, subyace de la connotación dogmática practicada respecto del informe técnico como requisito de procedibilidad del requerimiento de acusación planteada por el Ministerio Público; aquí, el informe técnico no debería ser un requisito de procedibilidad como regula el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, sino que, inclusive, se podría prescindir de este, siempre que, a pesar del sentido del informe o de su ausencia, existan medios probatorios que consoliden el requerimiento acusatorio.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. GENERAL

Determinar los fundamentos jurídicos para aplicar el principio precautorio frente a la exigencia del informe técnico en el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304º del Código Penal.

1.4.2. ESPECÍFICOS

- a. Explicar el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado en el ordenamiento jurídico, en la doctrina y en la jurisprudencia, para determinar su contenido constitucionalmente protegido y su relación con el bien jurídico protegido en el delito de contaminación ambiental.
- b. Fundamentar el principio de supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico, en la doctrina y en la jurisprudencia, para determinar la prevalencia del derecho al medio ambiente equilibrado sobre la aplicación del Informe Técnico como requisito obligatorio de procedibilidad en el delito de contaminación ambiental.
- c. Analizar el delito de contaminación ambiental, para definir la tipicidad objetiva y subjetiva.
- d. Establecer el alcance de la acción penal en el delito de contaminación ambiental, con apoyo del ordenamiento jurídico, en la doctrina y en la jurisprudencia, para definir la actuación propia

asumida por el Ministerio Público en el delito de contaminación ambiental.

1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.5.1. ESPACIAL

La presente tesis se localiza, epistemológicamente, dentro del ordenamiento jurídico peruano, por tanto, se circunscribe al espacio geográfico donde rigen imperativamente las normas jurídicas involucradas, como la Constitución Política de 1993, el Código Penal y la Ley General del Ambiente Ley N° 28611, es decir, el territorio peruano.

1.5.2. TEMPORAL

La presente tesis se ubica en la línea de tiempo donde se encuentran vigentes las normas involucradas al problema de investigación, es decir, la Constitución Política del Perú de 1993, el Código Penal, la Ley General del Ambiente.

1.5.3. CONCEPTUAL

La presente tesis explica el delito de contaminación ambiental y su requisito de procedibilidad, contenidos en el Código Penal y la Ley General del Ambiente, respectivamente. Asimismo, versa sobre la afectación del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y sobre el principio de seguridad jurídica, ambas figuras jurídicas reguladas por la Constitución Política. En tal virtud, en la

presente tesis se ha cumplido con el desarrollo teórico, filosófico y dogmático de las categorías jurídicas que componen la hipótesis, dentro de los parámetros epistemológicos de los objetivos, general y específicos, que la dotan de consistencia metodológica y científica.

1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. DE ACUERDO AL FIN QUE SE PERSIGUE

A. BÁSICA

Este tipo de investigaciones no generan cambios en la realidad, solo proponen posturas dentro del conocimiento, es útil para nuestra investigación, puesto que no necesitamos realizar trabajos de campo, o sociales, sino estudios dogmáticos doctrinales que alimentan el campo de la ciencia y el conocimiento jurídico, para ayudar a quien lea este trabajo a tener mayor comprensión sobre la forma de aplicación de la norma respecto del fenómeno jurídico analizado.

Así, en el presente trabajo se trató de postular la más adecuada forma de salvaguardar el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, teniendo en cuenta el principio de supremacía constitucional, que orienta la inaplicación del artículo 149 de la Ley General del Ambiente, por contravenir al principio precautorio que se condice con el propósito de la tutela constitucional de dicho derecho fundamental, cuando regula la necesidad de informe técnico emitido por autoridad ambiental,

como requisito de procedibilidad para formalizar investigación del delito de contaminación ambiental. Este estudio impacta únicamente el campo de la ciencia jurídica y no la realidad social ni normativa.

1.6.2. DE ACUERDO AL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

A. EXPLICATIVA

El diseño explicativo permitió plasmar la construcción de postulados científicos a nivel extensivo o ultra descriptivo. En la presente tesis se puede evidenciar su utilización, cuando se explica la relación entre el contenido del derecho fundamental a un ambiente equilibrado y el principio precautorio, durante el ejercicio de la acción penal en el delito de contaminación ambiental, así como las vinculaciones entre la regla procesal que establece la exigencia de un informe técnico por parte de la autoridad ambiental, y el principio precautorio a propósito del supremacía constitucional y el ejercicio de la acción penal por un Estado social y democrático.

Durante el desarrollo del trabajo investigativo, se ha explicado por qué el informe técnico que es requisito de procedibilidad para la formalización del delito de contaminación ambiental según el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, no debe ser obligatorio, en vista del principio precautorio regulado en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente y en el artículo 1 de la Ley n.º 29050, con la finalidad de

salvaguardar el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, que proyecta su contenido no solo hacia el individuo, sino que alcanza una esfera colectiva o difusa, que ataña a la preservación de la especie de la raza humana, como derecho de los pueblos.

1.6.3. DE ACUERDO A LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZAN

A. CUALITATIVA

Esta es una investigación cualitativa, porque no se cuenta ni se pretende recoger datos repetitivos, información numérica o de cualquier otra índole que tenga esta naturaleza, para procesarlos estadísticamente o en grado de porcentaje; sino que la información amplia y diversa fue analizada para poder verificar el planteamiento hipotético. Por ello, se describe reglas como la establecida en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, principios como el principio precautorio del artículo VII del título preliminar de la Ley General del Ambiente, el principio de primacía constitucional regulado en el artículo 51 de la Constitución, así también, el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, regulado en el artículo 2 inciso 22 de la misma carta fundamental. En síntesis, no es necesario contar con métodos numéricos, estadísticos o aritméticos para explicar nuestros resultados.

1.7. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos para aplicar el principio precautorio frente a la exigencia del informe técnico en el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304° del Código Penal son:

- a. La garantía del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado.
- b. La observancia del principio de supremacía constitucional.
- c. La prevención de la limitación injustificada del ejercicio de la acción penal.

1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. GENÉRICOS

A. INDUCTIVO – DEDUCTIVO

El método que se utilizó en esta investigación es el inductivo – deductivo, por cuanto, se analizaron premisas de lo general a lo particular, y viceversa. Fue útil para nuestra investigación por cuanto se analizaron instituciones contenedoras de reglas que necesitan de principios y derechos más generales que orientan su aplicación.

En la presente, se extiende un estudio general del Derecho Ambiental para proyectarlo específicamente en una de sus vinculaciones jurídicas más importantes, es decir, el Derecho Penal, luego, se profundiza normativamente en ambas ramas

del Derecho, debido a que, la regla procesal penal del artículo 149 de la Ley General del Ambiente, se relaciona directamente con el artículo VII del título preliminar de la Ley General del Ambiente donde encontramos al principio precautorio, así como también se relaciona, con el artículo 304 del Código Penal, que regula el delito de contaminación ambiental; a partir de aquí, el trabajo tiende a expandirse a lo general, yendo a tocar preceptos constitucionales como el artículo 2 inciso 22 y el artículo 51 de la carta fundamental; probándose la utilización del método citado.

1.8.2. PROPIOS DEL DERECHO

A. EXEGÉTICO

Se funda en la escuela exegética que tiene como característica más importante o fundamental a la literalidad. Fue útil para nuestra investigación cuando analizamos normas jurídicas.

Se utilizó en esta investigación el método exegético, en tanto se analizaron normas jurídicas como la Ley n.º 28611 Ley General del Ambiente, en artículos como el 149 y el artículo VII del título preliminar, así también, se analiza el tipo penal del artículo 304 del Código Penal, finalmente, los artículos 2 inciso 22 y 51 de la Constitución Política de nuestro Estado.

B. DOGMÁTICO

También se utilizó en esta investigación el método dogmático, que tiene como característica esencial la construcción de dogmas o constructos. Fue útil para nuestra investigación porque cuando se formularon dogmas normativos, sistematizando derechos situados en dispositivos legales diferentes.

Por ello, se construyeron de forma sistemática los argumentos que justifiquen la inaplicación del artículo 149 de la Ley General del Ambiente que regula la necesidad de un informe técnico como requisito de procedibilidad del pronunciamiento fiscal en etapa intermedia del proceso penal por delito de contaminación ambiental, en vista de la existencia, aplicación y observancia del principio precautorio regulado en el artículo VII del título preliminar de la Ley General del Ambiente, con tres propósitos específicos como el de salvaguardar el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, no oponerse al principio de supremacía constitucional y, finalmente, no debilitar la facultad del Ministerio Público en su afán de ejercer la acción penal.

C. HERMENÉUTICO

Finalmente se utilizó el método hermenéutico, referido a la interpretación literal, ordenada y concordada con diversos campos del conocimiento. Fue útil para nuestra investigación, por cuanto se interpretaron instituciones y como deben entenderse sus reglas para la aplicación de las mismas, en

concordancia con la norma de mayor jerarquía de un Estado democrático, y con los tratados internacionales de los que es parte obligada.

Así, se realizó la interpretación del alcance del contenido esencial del derecho a gozar de un ambiente equilibrado contenido en el artículo 2 inciso 22 de la Constitución y el alcance interpretativo del principio de supremacía constitucional del artículo 51 de la Constitución, en relación a la interpretación del principio precautorio regulado en el artículo VII del título preliminar de la Ley General del Ambiente, para obtener una sólida interpretación que derrote e inaplique a la regulación del artículo 149 de la Ley General del Ambiente que regula la necesidad de un informe técnico como requisito obligatorio para que el fiscal emita pronunciamiento durante la etapa intermedia de la investigación del delito de contaminación ambiental. En ese sentido, el método hermenéutico es muy eficiente.

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. TÉCNICA

En cuanto se refiere a los métodos deductivo y exegético la técnica de investigación que se utilizó en esta investigación es el análisis de contenido, ya que se analizaron diversos textos normativos y doctrinarios referentes al derecho ambiental, al derecho penal y al derecho constitucional, como las reglas reguladas en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, los principios como: el principio

precautorio del artículo VII del título preliminar de la Ley General del Ambiente, el principio de supremacía constitucional del artículo 51 de la Constitución, delitos como el de contaminación ambiental regulado en el artículo 304 del Código Penal, así como derechos fundamentales como el derecho a gozar de un ambiente equilibrado, regulado en el artículo 2 inciso 22 de la Constitución.

Para los métodos dogmático y hermenéutico la técnica que se utilizó en la presente investigación es la argumentación jurídica, debido a que, para la construcción de postulados en la demostración de la hipótesis fue necesaria.

1.9.2. INSTRUMENTO

Para los métodos deductivo y exegético, se empleó como instrumento para la técnica de análisis de contenido, una hoja guía, que, dio un orden sistemático a la investigación a realizarse, el instrumento contiene una división de dos secciones, una parte con nombres de textos normativos y otra, con títulos de obras y autores del derecho, ubicándolos en dos sub niveles como, autores nacionales y autores extranjeros.

En lo que respecta a los métodos dogmático y hermenéutico, se empleó como instrumento a la argumentación jurídica, porque su utilidad, es tal cual, como método y técnica. Así para la interpretación de las instituciones jurídicas que son objeto de la presente investigación, y para la construcción de ideas, fue necesaria la argumentación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. FUNDAMENTO IUSFILOSÓFICO

Según la traducción de José Fernández a la obra del profesor Bobbio (1996), los estudios del Derecho se podrían dividir en tres amplias partes, así tenemos a la parte ontológica que estudia el ser o naturaleza del Derecho, también está la parte deontológica que estudia los valores sobre los que se funda el Derecho, y finalmente, está el estudio de la norma jurídica que desarrolla la teoría general del Derecho.

La presente investigación, se ubica en la teoría general del Derecho, pues, se analiza la pertinencia de la regla establecida en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente como requisito de procedibilidad de la acción penal en el delito de contaminación ambiental regulado en el artículo 304 del Código Penal, en relación a la garantía del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado consagrado en el artículo 2 inciso 22 de la Constitución y, al principio de supremacía constitucional regulado en el artículo 51 de la misma carta fundamental, como garantía de que el vencedor ha de ser la norma que procure la garantía de un derecho fundamental con mayor grado de optimización.

La corriente filosófica que ha orientado el presente trabajo es la doctrina del neoconstitucionalismo o posconstitucionalismo, como ha sido denominada por Miguel Carbonell o Susana Pozzolo. Asimismo, esta corriente filosófica también ha sido denominada postpositivismo por diversos autores como

Aguiló Regla, Bechara Llanos, Humberto Ávila, Ruíz Ruiz, Atienza, García Amado, entre otros; algunos con ánimo de perseguir sus postulados, y otros con el ánimo de atribuirles cierta crítica dialéctica.

Antes de justificar la necesidad de apoyar la presente tesis en la corriente filosófica del pospositivismo, desarrollaré brevemente la causa de su nacimiento y sus postulados espontáneos surgidos de la forma súbita de su aparición. Seguro se tendrá claro que el modelo de Estado previo al social y democrático, es el modelo puramente de Derecho, pero qué cambió dentro del modelo, que provocó su evolución; el evento histórico, jurídico y político, que provocó el cambio de modelo de estado de Derecho a Estado social y democrático de Derecho fue la introducción de los derechos fundamentales a las constituciones.

Una vez los derechos fundamentales fueran introducidos en las constituciones, sus efectos no se verían inmediatamente manifestados en la relación gobierno – nación, el tiempo haría que la primera manifestación de este evento jurídico – político, sea el Estado constitucional de Derecho como característica del modelo de Estado social y democrático, es decir, el cambio de paradigma imperio de la ley por el imperio de la constitución, lo que implicó que la constitución sea la barrera protectora entre la ley (o cualquier norma) y la persona. Esta primera manifestación fue tratada por diversos académicos en el mundo, pero los que llegaron a Perú para quedarse, fue principalmente la doctrina planteada por el mexicano Miguel Carbonell quien, influenciado por la doctrina constitucional europea, denominó a esta primera manifestación como neoconstitucionalismo,

donde se desarrolla el Estado constitucional y sus efectos políticos y jurídicos dentro de la sociedad y el ordenamiento jurídico.

En esa línea de ideas y, cronológicamente luego, aparece como segunda manifestación de la introducción de los derechos fundamentales, la teoría principalista. Este postulado surge porque dentro de la constitución se encontraban los derechos fundamentales, como normas anteriormente no reguladas; y, siendo que éstos limitaban la aplicación de otras normas, el estudio de su contenido y su comportamiento dentro del ordenamiento jurídico solo era cuestión de tiempo; así autores como Alexy o Dworkin y seguidores suyos como Atienza, Ruíz Ruiz, Aguiló Regla, Jansen, Hans, Ávila, Bechara; entre otros, aseguran que todo derecho fundamental es un principio o norma de optimización, frente a otras normas sujetas a silogismos subsuntivos que las convierte en menos expresivas, distinción necesaria para la aplicación de su método de convivencia normativa que es la argumentación jurídica y su técnica de la ponderación; aun así, su planteamiento resulta deficiente en los ordenamiento jurídicos, donde se reconocen principios que no son derechos fundamentales, porque entonces se colisionarán normas de diferentes naturalezas.

Finalmente, como tercera manifestación de la introducción de los derechos fundamentales a las constituciones, es la conexión del Derecho y la moral, discusión que por años parecía cerrada, por el hecho de que el positivismo postulaba la necesaria separación entre estos dos; sin embargo, con la presencia de normas con inminente contenido moral como los derechos fundamentales, se tuvieron que plantear nuevos postulados que expliquen

este contenido y sobre todo que justifique la conexión entre el Derecho y la moral, así surgieron doctrinas como el positivismo incluyente, la muerte del positivismo, la derrotabilidad de las reglas, entre otras.

Luego de desarrollar el surgimiento del pospositivismo jurídico, explicaré por qué el pospositivismo jurídico debe orientar esta investigación. El panorama previo, nos induce a creer que, al tratarse del análisis de un derecho fundamental como el derecho a un ambiente equilibrado y de un principio como el precautorio, los postulados filosóficos más consecuentes y útiles para orientar nuestro planteamiento hipotético hasta su demostración, están dentro del pospositivismo jurídico, porque esta corriente filosófica, ya se vio previamente, se desarrolla en tres aristas, el Estado constitucional de Derecho, la teoría principalista (derechos fundamentales como principios) y la conexión entre el derecho y la moral; por tanto, el tema problemático al versar sobre derechos fundamentales, se ve irradiado por la teoría principalista que afirma que los derechos fundamentales son principios los cuales se oponen formológicamente y sintácticamente a normas denominadas reglas como el inciso 149.1 de la Ley General del Ambiente; asimismo, al tratarse de derechos fundamentales, se debe precisar que la conexión entre el Derecho y moral como tercera arista del postulado iusfilosófico, involucra al presente tema problemático.

A continuación, se desarrollará una temática explicativa de los derechos fundamentales, su contenido, alcance e interpretación frente a otro tipo de

normas, este contenido teórico es apoyado por diversos autores clásicos y contemporáneos del constitucionalismo.

2.1.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A. LA INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA CONSTITUCIÓN COMO PILAR DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Pazo Pineda (2014), menciona que:

Las ideas liberales y sociales sobre los derechos fundamentales lograron ser cada vez más aceptadas gracias al fenómeno político y cultural del constitucionalismo. Este movimiento, especialmente consolidado en los Estados Unidos, impulsa a las diferentes organizaciones a luchar por la adopción de una constitución que no solo represente la voluntad del pueblo, sino que también sea un documento escrito que imponga obligaciones y límites inmediatos al poder estatal. La evolución de este movimiento, con raíces históricas lejanas, proporcionó un contexto favorable para que las corrientes liberales y sociales promovieran la realización de sus ideales. (p. 36-37).

a. LA CONTRIBUCIÓN DE FRANCIA AL CONSTITUCIONALISMO Y LA CONSOLIDACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según Pazo Pineda (2014):

El movimiento constitucionalista surgió con el objetivo de impulsar que los Estados se organizaran bajo textos constitucionales. Esta adherencia a dichos documentos no era casual, ya que se buscaba establecer de manera clara los principales límites al poder público, definiendo lo que los gobernantes podían hacer y lo que les estaba prohibido. En este contexto, los derechos fundamentales adquieren gran

importancia, reflejada principalmente en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establece que "toda sociedad en la que no se garantizan los derechos ni se determina la separación de poderes carece de Constitución".

(p. 37).

Como refiere Planas Silva (1997): "Ese sueño revolucionario, primariamente conciliada con la monarquía a través de la Carta Monárquica de 1791, confluyó, previa decapitación del rey, en la asunción de todos los poderes por una asamblea que encarnará a la naciente república francesa (...)" (p. 169).

En Francia, el poder absoluto cambió de manos, pasando de una figura central a otra. Anteriormente, era el monarca quien tenía las mayores facultades, pero ahora sería un grupo de personas, el parlamento, el encargado de dirigir los asuntos públicos. Esto fue posible, como se mencionó antes, gracias a la idea del mandato no representativo, instrumento teórico que permitió evitar la intervención directa del pueblo.

(Pazo Pineda, 2014, p. 38).

Como precisó Zagrebelsky (1997): "en la práctica continental europea la oposición al absolutismo significó la pretensión de suplir al rey por otro poder absoluto, la asamblea soberana (...)" (p. 25).

Como indica David Dyzenhaus (2012):

En relación con la obra de Sieyes, en Francia se buscó aclarar la distinción entre un poder que representa a la nación como un conjunto unificado y el poder propio de las instituciones de gobierno. Así, las decisiones de estas autoridades deben respetar el llamado "poder constituyente", que refleja la voluntad del pueblo. (p. 230).

La relación entre estos conceptos empieza a mostrar que las decisiones del gobierno no podían tomarse sin la aprobación del pueblo, quien era el titular de la soberanía.

(Pazo Pineda, 2014, p. 38).

En este punto, Rousseau (2009), fue contundente al sostener que:

La principal y más relevante consecuencia de los principios establecidos, es que la voluntad general solo puede guiar el poder del Estado en función de los objetivos para los que fue creado, es decir, el bien común. Esto se debe a que, si los conflictos entre intereses individuales fueron lo que llevó a la creación de las sociedades, la coincidencia de esos intereses es lo que ha permitido que las sociedades puedan existir. (p. 45).

La relevancia de la participación ciudadana refleja que se empieza a reconocer el papel del individuo dentro de la sociedad, lo que implicará que la voluntad colectiva sea "la suma de las voluntades individuales", del mismo modo en que la nación está formada por todos los individuos. (Touchard, 2010, p. 357).

Según Pazo Pineda (2014):

En Francia, no se prestó demasiada atención a las cuestiones relacionadas con la igualdad material o las necesidades de ciertos grupos sociales. Se pensaba, en todo caso, que las leyes debían ser generales y abstractas para evitar la arbitrariedad, algo que era común durante la época del absolutismo monárquico debido a la aplicación de la voluntad del rey en la resolución de conflictos, sin que los jueces pudieran interpretar las leyes. Los principios que surgieron de la Revolución Francesa fueron rápidamente adoptados en Perú. Así, la primera Constitución republicana (1823) estableció en su artículo 3 que "la soberanía reside esencialmente en la Nación, y su ejercicio en los magistrados, a quienes ha delegado sus poderes". (p. 39).

b. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS PACTOS: LA INFLUENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL CONSTITUCIONALISMO

De acuerdo a Pazo Pineda (2014):

El constitucionalismo estadounidense se destacó por establecer, de manera normativa, la existencia de ciertos derechos inherentes o fundamentales al ser humano. En el contexto peruano, esta influencia también fue evidente. El Capítulo V de la Constitución peruana de 1823 incluía un breve catálogo de derechos, similar al estadounidense, considerados como "inviolables". Además, el artículo 4, previamente mencionado, subrayaba la importancia de que el soberano cumpliera con el "pacto social", estableciendo que el incumplimiento en la protección de estos derechos legítimos implicaba la pérdida de la protección otorgada por el pacto. Otro aspecto notable de la influencia del sistema estadounidense en el pensamiento político peruano se manifestó en la Constitución Política de 1828, que, siguiendo las ideas de Sánchez Carrión, instauró un gobierno federal. Con ello, se buscaba que la estructura del Estado sirviera como principal limitación del poder público y al mismo tiempo como garantía de los derechos fundamentales. En particular, la Constitución peruana de 1823, adoptó una lista de derechos que, al igual que en el caso estadounidense, se consideraban "inviolables."

Además, existía la noción de un "pacto social" entre el soberano y el pueblo, en el que la protección de los derechos era una obligación fundamental del poder. Si el soberano fallaba en su deber de proteger estos derechos, perdía la legitimidad para gobernar. (pp. 40 y 42).

De acuerdo con Jellinek (1981):

Sin embargo, quizás sea el tercer aporte que brinda el constitucionalismo americano el que ostente, respecto de la tutela de los derechos fundamentales, mayor importancia. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes es una creación fundamentalmente estadounidense. Si bien se realizó una práctica similar en el caso inglés a través del juez Coke en el caso Bonham, lo cierto es que en Estados Unidos se realiza la primera aplicación a nivel judicial de un texto constitucional. En todo caso, la Constitución Federal ya brindaba un antícpio de esta situación en su "cláusula de supremacía", contenida en el artículo VI del referido texto (p. 385).

De conformidad con ello, Hoffmann-Rief (2004):

El caso Marbury vs. Madison es un hito en la historia del derecho estadounidense, donde la Corte Suprema se enfrentó a la tarea de definir el poder de la Constitución frente a las leyes ordinarias. La decisión clave fue establecer que la Constitución tenía la autoridad suprema y servía como una limitación al poder del gobierno, en lugar de ser solo una declaración de intenciones. Sin embargo, el impacto de este fallo no fue inmediato ni expansivo en su momento; tomó tiempo para que la doctrina de la revisión judicial, que se originó en este caso, fuera aplicada regularmente. Su influencia se desarrolló de manera gradual y sutil, expandiéndose con el tiempo. (p. 687).

Es así que, como señala Barker (2005), la doctrina judicial, surgida del caso Marbury vs. Madison, no está reservada solo a ciertos tribunales, sino que es una responsabilidad de todos los jueces en los Estados Unidos. Esta revisión judicial

no implica una superioridad del poder judicial sobre las otras ramas del gobierno, sino que es una parte esencial de su rol al resolver casos. En Perú, aunque el principio de la supremacía constitucional fue adoptado en la Constitución de 1856, declarando que las leyes que contravinieran la Constitución serían nulas, no se establecieron inicialmente los medios judiciales necesarios para garantizar que esta jerarquía se respetara. Esto sugiere que el sistema de control constitucional en Perú era débil, algo que se abordaría posteriormente con la creación de instituciones más sólidas para hacer valer la supremacía de la Constitución. (Pazo Pineda, 2014, p. 46).

B. LA DUALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA

Pazo Pineda (2014) dice que, los derechos fundamentales tienen una doble dimensión. Por una parte, tienen una dimensión subjetiva, que se refiere a los derechos que cada individuo puede exigir o ejercer personalmente. Son prerrogativas concretas y específicas de los sujetos. Por otra parte, tienen una dimensión objetiva, que se refiere a los principios y valores más amplios que estos derechos encarnan, los cuales deben guiar y estructurar la convivencia en una sociedad justa. Esta dualidad es clave para comprender cómo funcionan los derechos fundamentales tanto a nivel personal como en el marco colectivo de una sociedad. (p. 69).

a. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO ATRIBUTOS SUBJETIVOS DE LA PERSONA

Los derechos fundamentales no son solo conceptos abstractos dentro del sistema legal que no permiten acciones legales en caso de violación. En cambio, estos derechos tienen una dimensión práctica y activa. Según Castillo Córdova (2002), desde una perspectiva subjetiva, los derechos fundamentales incluyen las facultades específicas que cada persona tiene por ley, y el poder público está obligado a no interferir en el ejercicio de estos derechos para garantizar que sean plenamente efectivos. En otras palabras, estos derechos no solo deben ser reconocidos como principios, sino también protegidos activamente para asegurar que las personas puedan ejercerlos plenamente. (p. 308).

En ese sentido, Pazo Pineda (2014) menciona que:

Claramente, la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, conlleva una doble obligación tanto para los Estados como para los particulares. Por un lado, implica que se debe activar el derecho fundamental, para exigir que se abstenga de actuar de manera que infrinja dicho derecho. Por otro lado, también es posible exigir que los Estados realicen ciertas acciones o prestaciones específicas, para cumplir con el derecho fundamental en cuestión. (pp. 71-72).

Por otro lado, para Bernal Pulido (2007):

En el primer caso, el derecho fundamental se entiende como una posición defensiva. Esto significa que el derecho fundamental no debe ser sujeto a restricciones arbitrarias, generando así una obligación de no intervención por parte del Estado. De esta manera, se concede a cada individuo "un ámbito de libertad, en virtud de su dignidad como ser humano, dentro del cual el poder público no tiene autorización para intervenir". (p. 269).

Como sostiene Pablo Kirchof (1991), que el papel del Estado no se limita a ser una fuente de posibles restricciones a la libertad, sino que también es responsable de proteger y garantizar esas libertades. Esta función de protección es una obligación legal del Estado, que se manifiesta en la defensa de la Constitución. Para cumplir con esta obligación, el Estado debe utilizar sus mecanismos legislativos, principalmente a través del Parlamento, para abordar y resolver cuestiones relacionadas con la protección de los derechos y libertades fundamentales. En resumen, el Estado tiene la responsabilidad de asegurar que los derechos y libertades sean respetados y defendidos de manera activa.

Agrega Pazo Pineda (2014) que, los derechos fundamentales, en su aspecto subjetivo, implican dos obligaciones principales para el Estado. Primero, el Estado debe abstenerse de cometer cualquier acción que pueda infringir estos derechos. Segundo, el Estado también tiene la responsabilidad de implementar todas las medidas

necesarias para asegurar que estos derechos se cumplan y se fomenten adecuadamente. En otras palabras, el Estado no solo debe proteger a los ciudadanos de posibles violaciones, sino que también debe activamente facilitar las condiciones para que los derechos fundamentales se puedan ejercer plenamente.

Como indicara Ferrajoli (2006), los derechos subjetivos:

Las expectativas asociadas a un derecho fundamental pueden ser de dos tipos: positivas (que implican la obligación de proporcionar ciertos beneficios o prestaciones) o negativas (que exigen la no violación de esos derechos). Estas expectativas están establecidas por normas jurídicas, y los deberes relacionados, ya sean obligaciones de hacer o de abstenerse de hacer algo, también están dictados por normas jurídicas que actúan como garantías. (p. 59).

b. Los derechos fundamentales como principios que irradian el ordenamiento jurídico: el problema de los valores en el Derecho

Los derechos fundamentales no solo representan atributos que la persona pueda demandar ante un tribunal de justicia.

Como ha sostenido el Tribunal Constitucional:

Los procesos constitucionales no solo se centran en la protección de derechos individuales, sino que también tienen un objetivo más amplio: preservar el orden constitucional en su totalidad. Esta dimensión objetiva significa que, además de abordar casos específicos relacionados con los derechos fundamentales, estos procesos contribuyen a mantener y reforzar los valores y principios que sustentan el sistema constitucional. En esencia,

cualquier proceso constitucional está diseñado para proteger el orden público y los valores fundamentales que constituyen la base del sistema legal y político. (párr. 12).

Pazo Pineda (2014) establece que, los derechos, así, también ostentan autonomía, en tanto principios y valores presentes en todo ordenamiento jurídico. En consecuencia, no dependen de su activación en un proceso judicial para ser indispensables en el sistema democrático. No obstante, ello, esta primera afirmación, acaso comúnmente aceptada y sin ser objeto de cuestionamientos, debería ser algo matizada.

Sobre este punto, Von Rintelen (1970) expresa que los derechos fundamentales son conceptos autónomos que forman parte integral del sistema jurídico y democrático, independientemente de que se activen o no a través de procedimientos judiciales. Esto significa que estos derechos tienen una importancia inherente y no dependen exclusivamente de su aplicación en tribunales para ser considerados esenciales en una democracia. Sin embargo, a pesar de que esta visión es ampliamente aceptada y rara vez se pone en duda, es necesario considerar algunas matizaciones para entender completamente cómo funcionan y se aplican estos derechos en la práctica.

Al respecto, Díaz Revorio (1997) ha intentado construir una definición sociológica del sistema de valores, describiéndolo

como un conjunto de ideas y creencias que son específicas de cada sociedad. Estas ideas y creencias no solo influyen en cómo se comportan las personas, sino también en cómo se estructuran y aplican las normas sociales y jurídicas en esa sociedad. En otras palabras, el sistema de valores de una sociedad moldea tanto las acciones individuales como las reglas y leyes que rigen esa sociedad.

Como anota Habermas (1998):

En la medida en que un Tribunal Constitucional adopta una teoría de los valores o teoría del orden valorativo y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos (pp. 332-333).

Como anota Waluchow (2007):

Es posible reconocer el rol del valor, incluyendo el valor moral, en la teoría del derecho sin necesidad de estar completamente de acuerdo con Dworkin. Puede encontrarse un rol central para el valor sin proponer que deliberadamente tratemos de hacer de los datos investigados lo mejor que moralmente puedan ser (p. 33).

Pazo Pineda (2014) señala que, que es crucial que la justicia y los valores encuentren formas de integrarse en el sistema legal sin imponer una visión específica o dominante. A pesar de que ciertos valores, como la vida y la libertad de expresión, son ampliamente aceptados y considerados importantes, nuestras preferencias y el significado que

atribuimos a estos valores pueden estar condicionados por el contexto social y cultural en el que nos desenvolvemos.

Esto implica que, al construir el derecho, se debe ser consciente de cómo el entorno y las circunstancias influyen en la valoración de los principios y valores.

C. LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ALCANCE Y REGULACIÓN

Se ha estimado que "el ejercicio de un derecho fundamental tiene como principal límite el respeto del derecho de otro". Esta afirmación fue contenida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en los siguientes términos:

La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites solo pueden ser determinados por la ley (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como se citó en Pazo Pineda, 2014, p. 87).

a. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Gavara De Cara (1994) sostiene que "los límites a los derechos fundamentales son normas que restringen su objeto de protección, y tan solo podrán ser adoptados de conformidad con la Constitución" (p. 167).

**b. LÍMITES DIRECTAMENTE CONSTITUCIONALES Y
LÍMITES INDIRECTAMENTE CONSTITUCIONALES DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Según Pazo Pineda (2014):

Aunque los límites a los derechos fundamentales suelen estar establecidos en la Constitución de un país, no es posible cubrir todas las circunstancias y situaciones en ese documento. Por lo tanto, se reconoce que puede ser necesario establecer ciertos límites a los derechos fundamentales que no estén explícitamente detallados en la Constitución. Esto sugiere que la regulación de los derechos y sus límites puede requerir adaptaciones y ajustes fuera del texto constitucional para abordar situaciones específicas que surgen en la práctica. (p. 89).

Como se sostiene, los límites directos “son los que se encuentran expresamente mencionados o no, respectivamente, en la Constitución” (Zamarro Parra, 1996, p. 551).

Como sostiene Alexy (2007): “Las restricciones indirectamente constitucionales son aquellas cuya aplicación está permitida por la Constitución. La autoridad para imponer estas restricciones se encuentra claramente establecida en las cláusulas de reserva explícitas.” (p. 254).

**c. LA TENDENCIA ARMONIZADORA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Por ello, en la actualidad existe una visión alternativa sobre los derechos fundamentales, en la cual no se trata

simplemente de imponer límites externos, sino de entender que los propios derechos tienen un marco interno de organización. Estos "límites internos" están determinados por la esencia y la función social de cada derecho, lo que permite a los titulares entender claramente lo que la Constitución les autoriza a hacer. Según esta doctrina y el Tribunal Constitucional, estos límites internos definen el alcance y el contenido esencial de los derechos, ayudando a las personas a saber cómo pueden reclamar protección cuando se vean vulnerados en su ámbito protegido por la Constitución. (Aba Catoira, 1998, p. 18).

d. DELIMITACIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Sobre este punto Pazo Pineda (2014) la delimitación de un derecho fundamental se centra en entender y definir el derecho en sí mismo, en lugar de imponer restricciones desde una fuente externa. Este enfoque busca configurar internamente el derecho, asegurando que su contenido específico sea claro y no se vea alterado o mezclado con otros derechos o intereses constitucionales. En otras palabras, en lugar de aplicar límites externos, el objetivo es establecer de manera precisa el alcance y los límites internos del derecho para mantener su esencia y proteger su ámbito de manera adecuada.

En atención al razonamiento de Pazo Pineda, un principio fundamental de la lógica sostiene que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. Aplicado a los derechos fundamentales, esto implica que sería contradictorio que un derecho fundamental se ejerciera de manera adecuada mientras al mismo tiempo se ignore su protección o tutela por parte del Estado. En el contexto de un litigio, sería inconsistente aceptar que una acción debe ser aprobada y, al mismo tiempo, prohibida en ciertos casos debido a la existencia de otros derechos o bienes de importancia constitucional. En la práctica, esto significaría afirmar algo como: "El derecho a la libertad de expresión se ha ejercido de manera válida en este caso. No obstante, debido a la relevancia del derecho a la buena reputación también involucrado, no se puede reconocer la protección de la libertad de expresión".

e. CONFLICTO DE INTERESES Y NO DE DERECHOS

Pazo Pineda (2014) realiza una distinción:

La teoría "conflictivista" sostiene que los conflictos surgen entre los derechos que están en oposición. En contraste, la teoría armonizadora argumenta que la colisión no ocurre entre los derechos en sí, sino entre las pretensiones de las partes involucradas en el litigio. En realidad, lo que se discute en un juicio no es el contenido absoluto de un derecho fundamental, sino solo posiciones preliminares. A veces, el caso en cuestión ni siquiera afecta directamente a derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional. Por lo tanto, la teoría armonizadora busca demostrar que los argumentos presentados por las partes deben ser diferenciados de la decisión final que tome el juez.

Esta teoría minimiza a la teoría conflictivista por relativizar la importancia de los derechos fundamentales al permitir que un derecho válido sea limitado por la protección de otros derechos o bienes constitucionales. Según esta perspectiva, los derechos fundamentales no siempre tendrían la "fuerza normativa" para obligar a otros a abstenerse de actuar o a cumplir con ciertas obligaciones en favor del titular del derecho. En otras palabras, aunque un derecho se ejerza adecuadamente, no siempre tendría el poder para garantizar su protección efectiva frente a otras consideraciones constitucionales. Esto plantea un problema en la medida en que los derechos fundamentales podrían no cumplir plenamente su función de protección en el marco de una teoría conflictivista.

2.1.2. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

Con el propósito de tener un mejor entendimiento sobre el fenómeno problemático investigado, se tiene en cuenta al profesor de Derecho Ambiental más caracterizado en el Perú, con muchos años de experiencia en la materia ha escrito diferentes libros y artículos científicos, en ese sentido, con toda esa experiencia ganada, nos autoriza su respaldo doctrinario para poder citarlo en el presente trabajo.

Andaluz Westreicher (2016) afirma que tanto el Derecho Internacional como los sistemas jurídicos nacionales aceptan

universalmente que, cuando existe un riesgo de daño al medio ambiente respaldado por evidencia científica, se deben tomar las medidas necesarias para prevenirlo. Este enfoque, conocido como el principio de prevención, es fundamental en la legislación ambiental. Se basa en la idea de que los daños graves al medio ambiente a menudo tienen consecuencias irreversibles, por lo que las normas ambientales se centran más en la prevención que en la reparación. (p.647).

A. ANTECEDENTES

El principio precautorio “tiene su origen durante la década del setenta en Alemania, donde ha transitado desde la doctrina hasta el derecho positivo, constituyendo en la actualidad el principio más importante de la política ambiental alemana” (Vera Esquivel, 1998, pp. 156, 157). Walsh y Di Paola señalan:

Que el principio de prevención comenzó siendo una estrategia gubernamental para minimizar los efectos negativos sobre el medio ambiente, basada en un análisis detallado de riesgos y en la evaluación de diferentes opciones. Durante los años 80, Alemania aplicó este principio para respaldar políticas estrictas con el objetivo de reducir la contaminación en varias áreas críticas, como el aire, la lluvia ácida y el Mar del Norte. Esto muestra cómo el principio de prevención se ha utilizado para justificar acciones gubernamentales proactivas en la protección ambiental. (Juan Rodrigo Walsh, María Eugenia Di Paola y otros , 2000, p.47).

Andaluz (2016) alude que “el primer instrumento de Derecho Internacional de alcance mundial que lo recoge explícitamente es la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo

(1992)" (p.648), en dicho cuerpo normativo, específicamente en el principio 15 se señala:

Para proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar de manera extensa el principio de precaución de acuerdo con sus capacidades. En casos donde exista el riesgo de daños graves o irreversibles, la ausencia de certeza científica absoluta no debe ser utilizada como justificación para retrasar la implementación de medidas eficaces, incluso si los costos están involucrados, para evitar la degradación ambiental. (CNUMAD como se citó en Andaluz Westreicher, 2016, p.648).

El artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), referido a los principios, en su numeral 3), indica que “Las partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos” (Como se citó en Andaluz, 2016, p.15).

El Protocolo de Cartagena (2004) busca proporcionar una protección adecuada en el manejo de organismos vivos modificados mediante la biotecnología moderna. Este acuerdo se enfoca en garantizar que estos organismos no causen daños a la biodiversidad y al uso sostenible de los recursos biológicos. En resumen, el protocolo establece normas para manejar los riesgos potenciales asociados con los organismos modificados para proteger el medio ambiente y la diversidad biológica. (p.89).

Christensen (2001) El Protocolo de Bioseguridad de Montreal (1999) respalda el principio precautorio al establecer que si un país, al aplicar este principio, determina que el riesgo asociado

con los organismos genéticamente modificados (OGM) es demasiado alto, ese país no puede ser obligado a aceptar la entrada de dichos OGM. (p. 5).

B. INSTRUMENTOS DE DERECHO PÚBLICO INTERNACIONAL

a. TRATADO DE MAASTRICHT (1993)

El principio precautorio se formalizó en el Derecho Ambiental de la Unión Europea mediante el artículo 130 del tratado. Este artículo subraya que la política ambiental de la comunidad debe fundamentarse en este principio, que en Europa se aplica de manera expansiva. Aunque el Tratado de Maastricht se refiere al principio precautorio principalmente en el ámbito ambiental, su influencia se ha ampliado a otros sectores, como la salud humana, gracias a la aplicación del principio de integración que permite que el principio precautorio se extienda más allá de su ámbito original. (Andaluz Westreicher, 2016, p.650).

b. EL CONVENIO DE VIENA PARA LA PROTECCIÓN DE LA CAPA DE OZONO (1985)

Andaluz Westreicher (2016) El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono es un excelente ejemplo de la aplicación del principio precautorio. Cuando se creó este convenio, no se contaba con una certeza científica completa sobre la magnitud del daño a la capa de ozono, sus

consecuencias, ni sobre la relación causa-efecto entre el daño y los agentes responsables. (clorofluorocarbonos - CFC-y los halones). (Andaluz Westreicher, 2016, p.650).

C. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO COMO UN VERDADERO PRINCIPIO DE DERECHO

a. ENFOQUE MÁS QUE UN PRINCIPIO

Según Andaluz Westreicher (2016) Estados Unidos ha rechazado la idea de que el principio precautorio sea considerado parte del derecho internacional consuetudinario. En su lugar, ha argumentado que el principio es más un "enfoque" que un principio establecido. Durante las administraciones de los presidentes Bush, Clinton y nuevamente Bush, el Departamento de Estado de los EE.UU. ha mantenido esta postura de manera firme. (p.650).

En la misma línea, Francescon (2001) "señala que Canadá también sostiene una opinión similar, aunque admite que el principio precautorio es un principio emergente que está siendo reconocido por las naciones avanzadas." (p.19).

b. NORMA CONSUEUDINARIA EMERGENTE

Bajo esta línea, Méndez Chang (1996) opinaba que "actualmente, este principio es una norma consuetudinaria emergente hoy en proceso de formación en el derecho

internacional vigente; por ende, no resulta vinculante para la generalidad de los estados" (p. 82).

c. FORMA DE ABORDAR LA INCERTIDUMBRE

Andaluz (2016), argumenta que aquellos que niegan que el principio precautorio sea una regla consuetudinaria o un principio lo consideran simplemente "una manera de enfrentar la incertidumbre". Según esta perspectiva, "si existe incertidumbre técnica, debemos aplicar la cautela", lo cual se considera una idea simple y de sentido común, sin una base teórica o estructural compleja asociada. (p.651).

Es decir, según Christensen (2001) "sólo significa que debemos aplicar la debida cautela a la luz de nuestros conocimientos, y eso es lo que todo el mundo hace todos los días de su vida " (p.21).

d. PRINCIPIO

Andaluz (2016) señala que, Como se ha observado, numerosos instrumentos internacionales, tanto vinculantes como no vinculantes, establecen explícitamente el principio precautorio. Por lo tanto, parecería innecesario probar su estatus como principio, dado que muchos Estados han aceptado o suscrito estos instrumentos. Aunque pueda haber dudas sobre su carácter de principio en el Derecho

Internacional, en el derecho interno no existe tal incertidumbre. (Andaluz Westreicher, 2016, p.651).

D. ELEMENTOS Y REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO

a. PELIGRO DE DAÑO GRAVE E IRREVERSIBLE

El principio precautorio se aplica a situaciones de alto riesgo ambiental, donde las consecuencias podrían ser irreversibles. Estas situaciones incluyen la desaparición de especies, hábitats o ecosistemas, así como la alteración de procesos ecológicos cruciales. En estos casos, el principio de precaución es crucial para evitar daños severos y permanentes al medio ambiente. (Andaluz Westreicher, 2016, p.652).

b. INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA E INDICIOS CONSISTENTES DE AMENAZA

Andaluz (2016), para aplicar el principio precautorio, no se requiere una certeza científica absoluta, pero sí es fundamental tener pruebas sólidas y basadas en información científica confiable para identificar riesgos graves o irreversibles. No se puede aceptar una interpretación simplista que considere automáticamente cualquier cambio ambiental como perjudicial sin una evaluación adecuada. Esta precisión garantiza que las medidas precautorias se

adopten de manera informada y fundamentada, evitando reacciones desproporcionadas ante cambios menores o no probados. (p.652).

c. INICIATIVA INSTITUCIONAL ANTE LA INCERTIDUMBRE

Andaluz (2016), señala que; corresponde al Estado tomar decisiones ante la ausencia de pruebas o elementos científicos ante la ignorancia de ciertas cuestiones referidas al comportamiento de la naturaleza y su vinculación con la actividad propuesta; es decir, acerca de la magnitud, probabilidad o naturaleza del daño (p.654).

d. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO DE ACCIÓN VERSUS FALTA DE ACCIÓN

Andaluz (2016); sobre las medidas precautorias, es esencial realizar una evaluación integral que contemple diversos aspectos, como los económicos, sociales, ambientales y de salud. Esta evaluación permite comparar los costos y beneficios de adoptar medidas restrictivas con los posibles efectos negativos de la inacción. Así, se busca asegurar que las decisiones se basen en una valoración equilibrada y completa de los impactos en diferentes áreas. (p.654).

e. MEDIDAS PROPORCIONALES

En palabras de Andaluz (2016), la respuesta a los riesgos potenciales debe adaptarse a la gravedad de la situación. En

casos donde el riesgo es extremadamente alto, una prohibición total puede ser necesaria. Sin embargo, en situaciones menos críticas, pueden ser más efectivas medidas alternativas, como realizar investigaciones adicionales o asegurar una comunicación clara con el público sobre los riesgos. Esta flexibilidad permite una respuesta proporcional y ajustada a la magnitud del problema. (p.655).

f. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Andaluz (2016), revela que, la probanza de la inocuidad para el ambiente y la salud respecto de la actividad o producto propuestos debe correr a cargo de quien la propone, en tal sentido, este debe asumir los costos de los estudios científicos que nos conduzcan a la certeza científica de que no hay riesgos o posibles daños (p.655).

E. PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Respecto a este tópico, (Westreicher Andaluz, 2016, pp. 655-656) indica que en Perú hay una normativa extensa que aborda el principio precautorio, pero su implementación no siempre ha sido uniforme. Para asegurar una aplicación coherente, se ha establecido un marco específico mediante la Ley 29050, que define cómo debe aplicarse el principio precautorio. Esta ley exige que, en presencia de indicios de riesgos significativos para

el medio ambiente o la salud, se adopten medidas preventivas incluso sin certeza científica absoluta. Además, establece que las medidas deben ajustarse a nuevos avances científicos y que la autoridad responsable de aplicar el principio es también responsable de las consecuencias de su uso. Este marco busca garantizar que el principio precautorio se implemente de manera efectiva y coherente en Perú. (p. 656).

F. PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

El Tribunal Constitucional en el Expediente 0964-2002 AA/TC (2003) destaca que el principio de precaución implica que el Estado debe regular la ubicación y la instalación de equipos y antenas para proteger áreas sensibles como hospitales, escuelas y zonas residenciales. Además, promueve la práctica de compartir infraestructuras para reducir la cantidad de antenas necesarias. En base a estos principios, se tomó una decisión judicial a favor de una demanda de amparo constitucional, ordenando el retiro de los equipos y antenas hasta que se obtengan las aprobaciones municipales pertinentes. Esta decisión refleja una aplicación concreta del principio precautorio para proteger la salud y el bienestar de las comunidades. (p.60).

2.1.3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO

A. CONTENIDO

Landa Arroyo (2010) se avoca al siguiente tratamiento jurisprudencial.

En la Sentencia N° 3510-2003-AA, FJ 2:

b. En el Estado 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 aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13 de la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, el "derecho a un medio ambiente seguro, sano, [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo" (p. 190).

La Sentencia N° 03448-2005-AA, FJ 24, menciona lo siguiente:

2. El artículo 2, inciso 22, de la Constitución establece como derecho fundamental de la persona el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Con relación al medio ambiente, este ha sido entendido por el Tribunal Constitucional como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven, de tal forma que en la noción de medio ambiente debe comprenderse tanto el entorno globalmente considerado -espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza, como son el aire, agua, suelo, flora, fauna- como el entorno urbano.

En relación con el contenido esencial del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona, este Colegiado ha establecido que está determinado por el derecho de gozar de ese medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

3. El derecho de gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado supone la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos

se desarrollos e interrelacionen de modo natural y armónico; y en caso de que el hombre intervenga, tal intervención no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute de un entorno que pueda ser catalogado como adecuado para el desarrollo de la persona. De este modo, no se trata de cualquier entorno, pues afirmar lo contrario afectaría el goce del derecho de gozar (sic) de un medio ambiente sano y equilibrado.

4. De otro lado, el derecho a que el medio ambiente se preserve entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Tal obligación alcanza también a los particulares. Tal como ha sido definido por este Tribunal, el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la persona supone la exigencia de condiciones mínimas que el Estado debe asegurar a los individuos a fin de permitir su desarrollo, siendo que el Estado no solo está obligado jurídicamente a establecer estas condiciones mínimas de modo técnico, sino, adicionalmente, a respetarlas y a asegurar el respeto de los demás agentes sociales. Para ello, el Estado determina una serie de actividades reguladoras imponiendo estándares mínimos, pero, además, se compromete a desplegar una serie de actos tendentes a asegurar esos estándares mínimos y, como resulta evidente, a no vulnerar los mismos ni permitir su vulneración como resultado de la actividad de terceros" (p. 191,192).

La Sentencia N° 00048-2004-AI, FJ 17 trae a colación lo siguiente:

17. la Constitución de 1993 reconoce el derecho a un medio ambiente sano como fundamental para el desarrollo y dignidad de las personas. Este derecho se divide en dos partes: el disfrute de un entorno equilibrado y adecuado y la obligación de preservar ese entorno. La definición de "medio ambiente" abarca tanto el entorno natural como el urbano, y sus interrelaciones. Para garantizar este derecho, el Estado debe asegurar la protección y preservación del medio ambiente, y los individuos también tienen la responsabilidad de contribuir a su conservación, especialmente aquellos cuyas actividades tienen impacto ambiental. Esta interpretación subraya la importancia de mantener un equilibrio entre el

desarrollo humano y la protección ambiental para asegurar el pleno ejercicio del derecho a un ambiente saludable. (p. 192, 193)

La Sentencia N° 00018-2001-AI, FJ 7, subraya que:

El Tribunal Constitucional sostiene que, al referirse a un medio ambiente "equilibrado", se puede deducir que el derecho incluye la protección de los fundamentos naturales de la vida y su calidad. Esto abarca tanto los componentes bióticos, como la flora y fauna, como los abióticos, tales como el agua, el aire y el subsuelo, así como los ecosistemas y la ecósfera, que es la suma de todos los ecosistemas interconectados biológicamente, físicamente y químicamente. Además, se deben considerar los elementos sociales y culturales aportados por las comunidades humanas. Estos elementos no deben analizarse de manera aislada, sino como un todo interconectado y armonioso, sin alteraciones significativas. Por lo tanto, el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución implica que la protección debe abarcar este sistema complejo y dinámico, manteniéndolo en un estado de estabilidad y equilibrio que permita el adecuado desarrollo de la vida humana. (p. 193).

B. CLASIFICACIÓN

Landa Arroyo (2010), toma en cuenta la Sentencia N° 09340-2006-AA, FJ 2:

2. El derecho a un ambiente equilibrado y adecuado combina características de los derechos reaccionales y prestacionales. En su aspecto reaccional, se manifiesta como la obligación del Estado de no realizar acciones que puedan perjudicar el medio ambiente necesario para la vida humana. En su dimensión prestacional, impone al Estado el deber de llevar a cabo medidas y tareas destinadas a conservar y proteger dicho ambiente. Estas responsabilidades incluyen no solo la conservación, sino también la prevención de daños al medio ambiente. Dado que el Estado no puede garantizar una vida en un ambiente completamente sano, los ciudadanos tienen el derecho de exigir que el Estado tome todas las medidas preventivas necesarias. Por lo tanto, según el Tribunal, proteger el medio ambiente no solo implica reparar daños ya causados, sino, de manera crucial, prevenir que esos daños ocurran. (p. 194).

C. PRINCIPIOS

Landa Arroyo (2010), toma en cuenta la Sentencia N° 02002-2006-AC, FJ 31, 32:

31. El principio de desarrollo sostenible es una guía clave para gestionar los recursos naturales de manera que no solo beneficie a la población actual, sino que también garantice que las futuras generaciones puedan disfrutar de un ambiente saludable y capaz de satisfacer sus propias necesidades. La idea es equilibrar el uso actual de los recursos con la conservación necesaria para el futuro, evitando que las generaciones presentes dejen problemas ambientales que las futuras generaciones deban resolver.

32. El principio precautorio se refiere a la adopción de medidas preventivas en situaciones donde hay indicios de posibles daños al medio ambiente o a la salud, incluso si la certeza científica completa sobre estos daños no está disponible. Este principio está respaldado por la legislación nacional y exige que, ante el riesgo de daños graves o irreversibles, se actúe de manera proactiva para proteger el medio ambiente, sin esperar a tener pruebas científicas definitivas. (p. 194, 195).

D. OBLIGACIONES DEL ESTADO

Landa Arroyo (2010), toma en cuenta las sentencias:

Sentencia N° 03048-2007-AA, F] 7,8:

7. (...) En un Estado Democrático y Social de Derecho, la protección no se limita únicamente a asegurar la existencia y los derechos individuales de las personas, sino que también abarca la defensa del entorno en el que estas viven. El objetivo es garantizar que los individuos puedan desarrollarse en condiciones ambientales adecuadas y aceptables. Por lo tanto, el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado debe ser visto como un componente crucial e indispensable para el pleno ejercicio de otros derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

8. En su dimensión prestacional, el derecho al medio ambiente saludable impone al Estado no solo la tarea de conservar un entorno equilibrado y adecuado, sino también de adoptar una serie de medidas preventivas para evitar daños futuros. Este derecho no se limita a la reparación de los daños ya causados, sino que, de manera primordial, se enfoca en la prevención de dichos daños. Así, la protección del medio ambiente puede abordarse mediante medidas reactivas para los daños ya ocurridos, medidas preventivas contra riesgos conocidos, y medidas precautorias para mitigar amenazas que aún no se han manifestado con certeza. (p. 195, 196).

La Sentencia N° 04223-2006-AA, FJ 5, 6, aborda el “Doble carácter, positivo y negativo” del derecho a un ambiente equilibrado:

5. El derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado requiere que el Estado actúe en dos frentes: evitando acciones que puedan perjudicar el ambiente y adoptando medidas activas para su conservación y prevención de daños futuros. El Tribunal Constitucional enfatiza que, más allá de reparar los daños ambientales ya causados, la prioridad debe ser la prevención de estos daños. Aunque el Estado no pueda garantizar un ambiente completamente libre de problemas, los ciudadanos tienen el derecho de exigir que se implementen todas las medidas preventivas necesarias para proteger el entorno. La protección ambiental, por lo tanto, debe abarcar tanto la respuesta a los daños existentes como la prevención de futuros riesgos. (p. 196).

E. DERECHO DIFUSO Y POSIBILIDAD DE DESISTIMIENTO

Landa Arroyo (2010), toma en cuenta la Sentencia N° 05270-2005-AA, F] 7, 8:

7. (...) El 16 de marzo de 2006, la parte demandante decidió retirarse del proceso. Antes de aceptar esta decisión, el tribunal debe considerar la validez del desistimiento, dado que el caso en cuestión está relacionado con el derecho a disfrutar de un ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2, inciso 22 de la Constitución), que es un derecho difuso. Este derecho es

indivisible porque la satisfacción de un miembro de la comunidad implica la satisfacción de todos los demás miembros. A diferencia de los derechos subjetivos individuales, los derechos difusos o colectivos tienen una estructura que requiere normas procesales especiales, ya que no se ajustan necesariamente al modelo tradicional del derecho procesal. (p. 196, 197).

2.1.4. FACTORES NATURALES Y AMBIENTALES PROTEGIDOS POR EL DERECHO AMBIENTAL

A. FACTORES AMBIENTALES

Son denominados elementos del medio ambiente o del entorno natural, estos representan en conjunto los componentes medioambientales que hacen posible la convivencia y subsistencia de los seres vivos. Desde el punto de vista ecológico, señala Ropero (2023) estos factores pueden ser bióticos, y abióticos.

Desde el punto vista jurídico, por un lado, se puede precisar que el artículo 66 de la Constitución Política peruana de 1993, denominada a los factores ambientales como recursos naturales renovables y no renovables; por otro lado, los artículos 5 y 84 de la Ley N.º 28611 - Ley General del Ambiente, regula a los factores ambientales, como recursos naturales, asimismo, los denomina patrimonio de la nación y, fuente de aprovechamiento para la satisfacción de sus necesidades.

A continuación, se desarrollan cada uno de los elementos o factores ambientales, protegidos jurídicamente por el Estado

peruano, tanto en la Ley General del Ambiente como en sus leyes especiales, en algunos casos.

a. AGUA

Respecto de este elemento natural, Westreicher Andaluz (2016) establece que, es un recurso renovable y abundante en la naturaleza que constituye algo más del 70% de la superficie del planeta. Según su estado puede ser líquida, sólida o evaporada; sin embargo, el agua dulce consumible por el ser humano, representa el 3 % del agua del mundo, de la cual más del 99% es inaccesible, siendo, por tanto, el agua dulce un recurso finito.

El agua es un derecho humano, así lo señala el documento E/C 12/2002/11 de 20 de enero de 2003 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y salud; es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.

El Tribunal Constitucional en los Expedientes n.º 6546-2006-PA/TC y n.º 6534-2006-PA/TC reconoce al agua potable como derecho fundamental implícito no enumerado, sustentado en los principios de dignidad de la persona y Estado Social de Derecho. El Estado se obliga a garantizar por lo menos 3 cosas esenciales: el acceso, la calidad y la

suficiencia”; dichos fallos desembocándose en la integración del artículo 7-A de la Constitución, donde se reconoce a este derecho.

b. SUELO

Respecto de este elemento natural, Westreicher Andaluz (2016) establece que, suelo es toda superficie terrestre, todo espacio capaz de soportar los cuerpos que son atraídos por la gravedad. Sin embargo, tierra, es aquel suelo que es fértil gracias a la flora y fauna microbianas que los hacen orgánico, por tanto, la tierra es un suelo renovable, debido a que, la flora y la fauna microbiana que le dan fertilidad tienen la capacidad de renovarse.

La constitución política, más bien regula al suelo como un elemento político territorial, pero la Ley General del Ambiente en sus artículos 91 y 113, consagra que la gestión ambiental en materia de calidad ambiental implica la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la calidad de los suelos.

Asimismo, el Perú es parte de la Convención de las Naciones Unidas de la Lucha contra la Desertificación – CNULCD, con el objetivo de luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía, para ello, está comprometido con el Programa de Acción Nacional para la Lucha contra la Desertificación, conocido como Pan Perú,

que determinar y aplicar los mecanismos y actividades necesarias para combatir eficazmente la desertificación; así se tienen, por ejemplo, revertir y minimizar los procesos de deterioro de la capacidad productiva de las tierras áridas, contribuir al logro de un desarrollo sostenible para el mejoramiento de la calidad de vida de sus pobladores.

c. DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Respecto de este elemento natural, Westreicher Andaluz (2016) establece que, la diversidad biológica o biodiversidad comprende a toda la variedad de especies de plantas, animales, bacterias, hongos y protistas; ecosistemas y procesos ecológicos de los que estos seres son parte; asimismo, la biodiversidad, tiene como componentes a la diversidad de ecosistemas, a la diversidad de especies y, y a la diversidad de genes.

En el Perú, la Constitución Política vigente en el artículo 67 establece que: “El Estado determina la política nacional del ambiente, promueve el uso sostenible de sus recursos naturales, se obliga a promover la conservación de la diversidad biológica, a conservar áreas naturales protegidas, promueve el desarrollo sostenible en la Amazonía”. La Ley General del Ambiente, asimismo, en el artículo 97 establece que es prioritaria la conservación de la diversidad de ecosistemas, especies y genes, así que el rol estratégico de la conservación de la diversidad biológica y, por tanto, diversidad cultural, son fundamentales para el desarrollo sostenible.

Existen, instrumentos internacionales que buscan proteger, también, a la diversidad biológica, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre – Cites (1973/1975), la Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. (1981), la Convención para la conservación de las especies migratorias de animales silvestres o Convenio Bonn (1997) y, el Tratado de Cooperación amazónica – TCA (1979).

d. ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Respecto de este elemento natural, Westreicher Andaluz (2016) establece que, las áreas naturales protegidas, son espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como su contribución al desarrollo sostenible.

Normativamente, la Constitución señala en el artículo 69 respecto de éstas, que: “Constituyen patrimonio de la nación y son de dominio público, por lo que la propiedad sobre ellas; no puede ser transferida a particulares. Puede permitirse el uso y aprovechamiento de los recursos ubicados en ellas, o restringirse los usos directos”. Por otro lado, tenemos a la Ley n.º 26834 – Ley de Áreas Naturales Protegidas que

establece: “Es importante la presencia del ser humano, sus procesos sociales; el respeto a los usos tradicionales de las comunidades campesinas y nativas, en armonía con sus objetivos y fines de creación”.

El Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SINANPE tiene como objetivo contribuir al desarrollo sostenible del Perú, a través de la conservación de muestras representativas de la diversidad biológica del país, Está conformado por las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional que son gestionadas y administradas por el SERNANP antes INRENA.

Según la Ley General del Ambiente, y la Ley de Áreas Naturales Protegidas, las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional tienen dos estatus: las Áreas Naturales Protegidas establecidas con estatus definitivo y con estatus transitorio que son las “Zonas Reservadas”, las Áreas Naturales Protegidas con estatus definitivo se clasifican en nueve categorías, que son: reservas nacionales, parques nacionales, bosques de protección, cotos de caza, reservas comunales, reservas paisajísticas, santuarios históricos, santuarios nacionales y refugios de vida silvestre.

e. ATMÓSFERA

Respecto de este elemento natural, Westreicher Andaluz (2016) establece que, la atmósfera es la masa de aire que rodea la Tierra, tiene un papel fundamental porque mantiene estable la temperatura de la superficie del planeta, se compone del 78% Nitrógeno, 20% Oxígeno, Dióxido de Carbono 0.032%). El hombre necesita en promedio 15 Kg de aire diario.

Respecto de su contaminación, la Convención de Ginebra sobre la Contaminación Transfronteriza a Gran Distancia de 1979, establece: “Se produce cuando el hombre introduce directa e indirectamente agentes físicos, químicos, biológicos, en cantidades que superan los límites máximos permisible, infringiendo los estándares de calidad ambiental, o alterando el estado natural del aire resultando nocivas para el ambiente y el hombre”.

La Ley 28611 – Ley General del Ambiente, establece que la gestión ambiental en materia de calidad ambiental preservar, conservar, mejorar y restaurar, según corresponda, la calidad del aire y, por tanto, las autoridades públicas implementan medidas de protección, vigilancia y control ambiental, que mejore, conserve y recupere la calidad del aire. El Estado se compromete a tomar medidas locales e internacionales para mitigar la emisión de los gases de efecto invernadero, para intentar frenar los efectos del

calentamiento global que se ven manifestados en las consecuencias del cambio climático; estos compromisos, los asume nuestro país en el marco de la Convención Marco sobre el Cambio Climático de 1993, así como en Protocolo de Kyoto de 1997.

2.1.5. EL MEDIO AMBIENTE

B. DEFINICIÓN

Vera Esquivel (1991), refiere que, tradicionalmente el medio ambiente ha sido definido como el lugar donde el hombre y los demás seres vivos se desenvuelven. Batisse (1990) también establece que, el medio ambiente es todo lo que rodea a la persona ya sea artificial”.

Cano (1978) establece que, el entorno o el medio en el que el ser humano vive, está compuesto por una variedad de elementos. La mayoría de estos elementos son físicos, e incluyen la tierra, el suelo, la atmósfera, el espacio ultraterreno, las aguas, la flora, la fauna y los recursos naturales en general. También hay elementos inmateriales, como el ruido. Además, existen elementos de creación humana que resultan de la transformación de los elementos naturales, como la producción industrial, agrícola o forestal, así como fenómenos sociológicos, como las aglomeraciones urbanas.

Al respecto, Franciskovic Ingunza (2014), establece que, la definición proporcionada permite expandir nuestra comprensión del concepto en cuestión. En lugar de limitarse a considerar únicamente el medio ambiente como el espacio habitado por los seres vivos, esta definición sugiere que el término "Medio Ambiente" incluye también todos los elementos que lo conforman, no solo los naturales, sino también aquellos que son artificiales o creados por el ser humano. Así, el medio ambiente se define como el entorno en el que viven los seres vivos, compuesto tanto por elementos naturales como por aquellos modificados o creados por la actividad humana. (p. 13).

C. NOCIÓN JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE

Leme Machado (1982) concuerda en afirmar que, la primera noción jurídica del Medio Ambiente fue retocada por Massimo Giannini, teniendo en cuenta su evolución histórica y la situación actual de la normatividad, de esa manera plantea tres versiones del concepto de ambiente; la primera que toma en cuenta el aspecto de los bienes ambientales, paisajísticos, como bienes públicos objeto de conservación, es decir, el ambiente en cuanto conservación del paisaje incluyendo tanto las bellezas naturales como los centros históricos, segundo; el ambiente en cuanto normativa relacionada con la defensa del suelo, del aire y del agua, (contra los actos que constituyen agresión al ambiente de la mutua agresión entre el hombre y la naturaleza) y tercero,

urbanística, (ambiente es objeto de planificación territorial) (p. 34).

Martin Mateo (1977) señala que, el medio ambiente puede definirse como el espacio físico en el que se desarrollan múltiples actividades humanas, donde coexisten sistemas de equilibrio natural que, aunque susceptibles de ser alterados, permiten la formación de nuevos equilibrios. Estos cambios, sin embargo, requieren de un proceso de adaptación que no implica restaurar el sistema original, sino crear dinámicas diferentes que mantengan la sostenibilidad del entorno. (p. 58).

D. EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y CONSTITUCIONAL

Peña Cabrera (2010), considera al derecho del medio ambiente como fundamental porque está intrínsecamente vinculado a otros derechos esenciales, como la propiedad y la salud. Sin embargo, la inclusión del derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado en las constituciones no es una simple tendencia apolítica de los sistemas jurídicos nacionales. La protección ambiental es tan crucial que no puede depender únicamente de leyes sectoriales o secundarias, ya que suelen ser insuficientes o ambiguas. Aunque la simple proclamación constitucional de este derecho no resolverá el grave deterioro ambiental que enfrentamos, es un paso necesario para lograr un

equilibrio entre el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano. (pp. 66, 67).

El autor señala que en Perú el derecho a un ambiente saludable fue reconocido explícitamente a nivel constitucional desde la Constitución de 1979, dentro del Título III: Del Régimen Económico, en el Capítulo II: De los Recursos Naturales. El artículo 123 establece que todos tienen el derecho de vivir en un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, así como el deber de conservarlo. También impone al Estado la obligación de prevenir y controlar la contaminación ambiental. Este antecedente normativo presentaba la preservación del medio ambiente no solo como un derecho, sino también como un deber de todos, con un enfoque quizás económico, ya que estaba vinculado al aprovechamiento de los recursos naturales en el marco del régimen económico.

Sin embargo, fue en la Constitución de 1993 donde el derecho a un ambiente saludable se consolidó como un derecho fundamental. En el Capítulo I, sobre Derechos Fundamentales de la Persona, el artículo 2, numeral 22, establece que "Toda persona tiene derecho a la paz, la tranquilidad, el disfrute del tiempo libre y el descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida". Esto marcó una evolución en la protección del medio ambiente, al

integrarlo en el catálogo de derechos fundamentales que garantizan el bienestar y desarrollo integral de las personas.

Nuestro legislador no solo proclamó el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y saludable como un derecho fundamental de rango constitucional, sino que también lo estableció como un deber para todos los ciudadanos. Al igual que la Constitución de 1979, el derecho y el deber de proteger el ambiente se reconocen conjuntamente, pero en esta ocasión, se deja a la ley sectorial la tarea de especificarlo. En este sentido, el artículo I del Título Preliminar de la Ley n.º 28611 (Ley General del Ambiente - LGA) establece que toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un entorno saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una gestión ambiental efectiva. Además, obliga a proteger el ambiente y sus componentes, priorizando la salud individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

En el ámbito procesal, el artículo 37 del Código Procesal Constitucional reconoce el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida como un derecho protegido a través del proceso constitucional de amparo. Por esta razón, cuando se producen daños al medio ambiente, los ciudadanos recurren con frecuencia al amparo, solicitando el

cese del daño o la restitución al estado anterior. Esto refuerza la importancia de la protección judicial efectiva frente a posibles agresiones ambientales. (pp. 67, 68).

a. EL CONTENIDO DESARROLLADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En repetidas decisiones, el Tribunal Constitucional ha definido la naturaleza jurídica del derecho al medio ambiente, estableciendo que este implica diversas obligaciones por parte del Estado. Estas obligaciones se enfocan en tres aspectos clave: conservar un ambiente equilibrado, garantizar el derecho de las personas a disfrutar de ese entorno saludable, y asegurar que dicho ambiente se preserve para las generaciones presentes y futuras. Estas obligaciones estatales subrayan la protección activa del medio ambiente, no solo como un derecho individual, sino como un bien colectivo que debe mantenerse en equilibrio.

Peña Cabrera (2010), trae a colación la sentencia recaída en el Expediente N° 9340-2006-PA/TC, en donde el Tribunal Constitucional establece:

El derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales como de los derechos prestacionales. En su faz reaccional, éste se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. 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. Desde luego, no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención de daños de ese ambiente equilibrado. (STC 9340-2006-PA/TC, f. j. 2)

Asimismo, el Tribunal Constitucional desarrolla el derecho fundamental al medio ambiente en la sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC:

El derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona se compone de dos elementos principales: 1) el derecho a disfrutar de ese entorno, y 2) el derecho a que dicho medio ambiente se conserve.

En cuanto al primer elemento, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado implica que las personas tienen la facultad de disfrutar de un entorno en el que los elementos naturales se desarrollos e interrelacionen de manera natural y armónica. Cualquier intervención humana en este entorno no debe causar una alteración sustancial de estas interrelaciones. Esto significa que el disfrute no se limita a cualquier entorno, sino exclusivamente a aquel que sea adecuado para el desarrollo pleno de la persona y su dignidad, conforme al artículo 1° de la Constitución. De lo contrario, el derecho se vería comprometido y privado de su esencia.

En relación al segundo elemento, el derecho a la preservación del medio ambiente sano y equilibrado implica que los poderes públicos tienen la obligación de mantener los bienes ambientales en condiciones apropiadas para su disfrute. Esta obligación también se extiende a aquellos cuyas actividades, tanto directas como indirectas, impacten el medio ambiente. (STC 0048-2004-PA/TC, f. j. 28.29).

Similares argumentos son los que provienen del Expediente N° 4223-2006-PA/TC:

El derecho a un ambiente equilibrado y adecuado implica tanto un deber negativo como un deber positivo del Estado.

En su dimensión negativa, el derecho exige que el Estado se abstenga de llevar a cabo cualquier acción que pueda perjudicar el entorno equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la salud humana.

En su dimensión positiva, el derecho impone al Estado la responsabilidad de implementar medidas y obligaciones orientadas a conservar dicho ambiente equilibrado. Esto incluye no solo tareas de conservación, sino también la prevención de daños al entorno. Estas obligaciones se traducen en una serie de acciones y posibilidades para asegurar que el medio ambiente se mantenga en condiciones adecuadas para su disfrute y la salud de la población. (p. 69).

2.1.6. EL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

A. CONCEPTOS GENERALES: BIEN JURÍDICO

Peña Cabrera (2010), afirma que el medio ambiente, después de la vida, es uno de los bienes jurídicos más importantes en la sociedad actual por dos razones principales. En primer lugar, debido a la constante evolución tecnológica y práctica de la sociedad postindustrial, que ha dado lugar a una gran variedad de actividades socioeconómicas, cuyo mal uso ha generado graves amenazas para la preservación de un sistema ecológico equilibrado y sostenible. En segundo lugar, el medio ambiente ha pasado a ser considerado un "derecho fundamental" para las generaciones presentes y futuras al inicio del Tercer Milenio.

Por lo tanto, se trata de un bien jurídico de primera importancia, cuya relevancia debe considerarse en el contexto social y político actual. Esto se refleja en el avance significativo de los movimientos ecologistas, en la amplia legislación promulgada

sobre el tema y en las demandas que su protección impone, no solo para el presente, sino también con vistas al futuro.

Todo lo mencionado pinta un panorama desalentador: el agotamiento de los recursos naturales y la extinción de diversas especies de flora y fauna. Esta situación exige una profunda reflexión que debe materializarse en una distribución justa y compartida de la responsabilidad social y jurídica entre todos los actores involucrados.

A respecto de ello, Barrero Cáceres (2008), indica que la contaminación ambiental es el efecto más alarmante de la gestión inadecuada de los recursos naturales. Como consecuencia, ha pasado al ámbito jurídico, superando lo meramente administrativo. Actualmente, en diversas legislaciones, se reconoce como un delito (p. 81).

Así, Morales Prats (2011) establece que, en este caso, nos encontramos ante una figura delictiva "omnicomprensiva", ya que abarca una variedad de conductas tipificadas y protege diversos intereses jurídicos. Esto da lugar a un conjunto de conceptos que se derivan de la idea del "Medio Ambiente" como la base sobre la cual se sustenta el (p. 67).

De acuerdo a Peña Cabrera (2010), el bien jurídico está representado por el Medio Ambiente, entendido como la atmósfera natural y el hábitat tanto del ser humano como de

otros seres vivos, los cuales necesitan estar libres de cualquier sustancia o elemento que pueda alterar el estado normal."

Por su parte, Carmona Salgado (2011), indica lo siguiente: el delito abarca "el suelo, el subsuelo, y las aguas terrestres, marítimas o subterráneas". Como protección jurídico-penal, se introduce un interés de naturaleza difusa, cuya titularidad corresponde al colectivo o a personas indeterminadas. No obstante, esto no impide identificar sujetos pasivos específicos cuando la contaminación ambiental causa daños directos a la vida y salud de las personas. (p. 55).

Peña Cabrera (2010), establece que:

Se trata de un tipo penal "mixto", ya que la sanción se debe entender tanto por el daño concreto causado al bien jurídico como por la existencia de un peligro potencial. Por lo tanto, es un tipo penal que abarca tanto la lesión como el riesgo, y su valoración debe influir en la determinación judicial de la pena. No debe considerarse exclusivamente en términos de adecuación típica, sino como un factor que añade un plus de "material antijuridicidad". (p. 120).

Barrero Cáceres (2008) como se citó en Peña Cabrera (2010), apunta a que el delito de contaminación como delito de peligro. No hay otra manera de materializar la preservación para el mañana del medio ambiente y el desarrollo sostenible, que garantice su no degradación en los términos establecidos en la Constitución política.

A decir de Peña Cabrera (2010), al abordar un discurso estrictamente "punitivista", es imprescindible señalar los

evidentes obstáculos que pueden surgir para imponer una sanción penal a los responsables de la contaminación ambiental.

Estos no solo se deben a las deficiencias interpretativas y procesales que puedan revelar los operadores jurisdiccionales, sino también a la legislación administrativa incrustada, que se antepone y, en la práctica, puede convertirse en un obstáculo difícil de superar para permitir la intervención del Derecho Penal.

Otro aspecto crucial es la cuestión probatoria, es decir, qué medios de prueba deben emplearse para verificar la existencia del delito ambiental. No se puede ignorar que la acreditación de la contaminación ambiental requiere pruebas periciales especializadas, proporcionadas por expertos en la materia, de los cuales hay muy pocos. (p. 120 - 121).

En ese sentido, Morales Prats (2011) escribe que, es lógico pensar que la practicabilidad y eficacia de las previsiones penales dependa en gran medida del propio desarrollo e implantación de la legislación ambiental extrapenal.

B. TIPICIDAD OBJETIVA

a. SUJETO ACTIVO

Peña Cabrera (2010), Indica que, de acuerdo con la interpretación del dispositivo legal, no se menciona un requisito específico de autoría, como una cualidad funcional u otra característica, para ser considerado responsable del

delito de contaminación ambiental. En consecuencia, este delito se clasifica como común.

Los autores son aquellas personas que tienen el control sobre el evento delictivo y la capacidad de evitar que ocurra, actuando como protagonistas del hecho. Este control funcional puede ser compartido por varias personas, siempre que cumplan con todos los requisitos necesarios para calificar su participación como coautoría. De no ser así, su rol en el delito debe ser clasificado como "partícipes", es decir, como cómplices o instigadores. (Peña Cabrera, 2010, p. 121).

Los efectos dañinos de un delito ambiental pueden ser imputados a una persona jurídica, como una empresa que vierte residuos sólidos en el suelo en el curso de su actividad productiva. Sin embargo, estas entidades legales, como las corporaciones empresariales, no tienen los elementos necesarios para una imputación jurídica y penal directa. Por lo tanto, es necesario identificar a las personas que realmente tienen control sobre las decisiones dentro de la estructura de la empresa, es decir, los gestores y responsables en los niveles de representación y control. Al desentrañar la estructura social, se puede identificar a los verdaderos autores del delito. (p. 121).

b. SUJETO PASIVO

Peña Cabrera (2010), establece que, dado que el tipo legal protege un bien jurídico supraindividual, se está defendiendo un interés colectivo difuso, por lo que la sociedad en su totalidad es la que resulta afectada. Sin embargo, para efectos procesales, serán las instituciones que cuentan con el "Patrocinio Difuso" las que asumirán el rol de denunciantes, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 82º (CPC). (p. 122).

c. MODALIDADES TÍPICAS

A decir de Peña Cabrera (2010), son las siguientes:

i. NORMATIVIDAD EXTRAPENAL, POLÍTICAS DE GESTIÓN AMBIENTAL, COMPETENCIAS FUNCIONALES:

Carmona Salgado (2011) señala sobre este primer punto:

Refiere a un presupuesto preliminar, dígase de conexión con la normatividad extrapenal, en cuanto a la "infracción de leyes, reglamentos o límites permisibles"; de forma que el legislador condiciona la tipicidad penal de la conducta, a una desobediencia administrativa, como indicador de una fuente generadora de peligro y/o riesgo, lo que obedeció nuestra consideración acerca de un supuesto caso de accesoriedad del Derecho penal en materia ambiental. A lo cual cabría decir, que dicha vinculación puede resultar imprescindible para la tarea de definición jurídico-penal, precisamente, la norma administrativa impone a los actores cierto estándar de actuación que permite delimitar los márgenes de una actuación permitida

y aquella no permitida; donde la segunda puede dar lugar a un injusto penal si es que la conducta cumple con el resto de condiciones de relevancia jurídico-penal (p. 60).

Peña Cabrera (2010), menciona:

Dicho lo anterior, el comportamiento penalmente prohibido se instituye como una norma penal en blanco, donde la remisión a la legislación extrapenal constituye una labor irreversible del intérprete, en orden a elaborar la técnica de hermenéutica jurídica, de fijar los alcances normativos del tipo penal en cuestión. No nos vamos a detener sobre la discusión legitimadora de esta construcción normativa, sólo diremos que su formulación en sede extrapenal debe cumplir en rigor con el mandato de determinación, en lo que respecta a la lex estricta, en tanto, garantía de certeza y seguridad jurídica (p. 122 - 123).

Bacigalupo (1999), indica que la cuestión de si, en las leyes penales en blanco, el conocimiento de la norma complementaria por parte del autor debe formar parte del dolo, no es una consecuencia de la técnica de remisión, sino que depende de la estructura del tipo penal resultante.

Peña Cabrera (2010), plantea la siguiente interrogante: “¿Cuáles son los dispositivos legales a los que debe referirse el intérprete para definir los límites tolerables y los márgenes permisibles, cuya superación o contravención podría constituir un delito de Contaminación Ambiental?” (p. 123).

En este orden de ideas, proporciona las siguientes respuestas:

Es de verse que una de las principales incorporaciones de la LGA, fue la estrechísima relación que subyace entre los Estándares de Calidad Ambiental y la aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), así como de los Programas de Adecuación y Normas Ambientales (PAMA): de modo que se consideran estándares de calidad ambiental al momento de fijar los parámetros de actuación de los agentes comprometidos.

Las actividades económicas, industriales, mineras, etc., han sujetado sus respectivas responsabilidades en los denominados “Límites Máximos Permisibles” (LMP), en virtud de los cuales se establecen los límites tolerables (riesgos permitidos), contenido el máximo de emisiones que cada agente puede efectuar en el ambiente, a través de cualquiera de los cuerpos receptores (agua, suelo, subsuelo).

Dicho alud ha determinado la necesidad de establecer LMP, en cada actividad en particular, sin embargo, no todas han fijado dichos estándares o si lo hicieron, procedieron normativamente de manera poco prolífica. En el entendido de que, en algunos casos, los parámetros normativos en lo que respecta a los denominados “LMP”, no reflejan el estado real de las cosas, en la medida que se permitan emisiones en el ambiente que puedan resultar riesgosos para la conservación y protección de este bien jurídico.

El Estudio de Impacto Ambiental (ELA), procede en el caso del aire, el ruido y radiaciones no ionizantes, así también para el supuesto de los recursos hídricos (p. 124).

En relación a ello, Vidal Ramos (2007), menciona que la evaluación de impacto ambiental (EA) es un elemento clave en la gestión ambiental, de carácter preventivo más que correctivo. Su propósito es proporcionar la información necesaria para una toma de decisiones informada, tanto por parte de las autoridades encargadas como del titular del proyecto. Además, la EA busca identificar los impactos potenciales y previsibles que el

proyecto podría causar y ayuda en la planificación de medidas para prevenir, reducir, mitigar o, en la medida de lo posible, eliminar estos impactos. (p. 329).

Peña Cabrera (2010), en 1994, estableció que el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) como un organismo descentralizado con personalidad jurídica de derecho público interno. Este organismo posee autonomía en función, economía, finanzas, administración y técnica, y está bajo la supervisión del presidente del Consejo de Ministros. Su función principal es actuar como el organismo rector de la política ambiental nacional, con el objetivo de planificar, promover, coordinar, controlar y proteger tanto el medio ambiente como el patrimonio cultural de la nación.

Así también, menciona a:

La Ley N.^º 28245 de 2004, conocida como la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SNGA), establece en su artículo 2.1 que el Sistema Nacional de Gestión Ambiental se basa en las instituciones estatales, órganos y oficinas de diversos ministerios, organismos públicos descentralizados e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local que tienen competencias y responsabilidades sobre el medio ambiente y los recursos naturales. También incluye los Sistemas Regionales y Locales de Gestión Ambiental, con la participación del sector privado y la sociedad civil. El artículo 3^º (al final) indica que el propósito del Sistema Nacional de Gestión Ambiental es guiar, integrar, coordinar, supervisar, evaluar y asegurar la implementación de políticas, planes, programas y acciones dirigidos a la protección del medio ambiente y al uso sostenible de los recursos naturales.

El artículo 2.2 de la Ley establece que las funciones ambientales de las entidades públicas se organizan bajo el Sistema Nacional de Gestión Ambiental y bajo la dirección de su ente rector. Esto significa que toda la política de "gestión pública ambiental" se estructura y define conforme a los lineamientos establecidos por el SNGA.

El artículo final señala que las funciones ambientales de las entidades mencionadas en el artículo 2 se ejercen de manera coordinada, descentralizada y desconcentrada, siguiendo la Política Nacional Ambiental, el Plan y la Agenda Nacional de Acción Ambiental, así como las normas y mandatos transversales obligatorios en los diferentes niveles de gobierno. La gestión ambiental tiene un carácter transversal, implicando que las autoridades públicas con responsabilidades ambientales deben orientar, integrar, estructurar, coordinar y supervisar sus acciones para asegurar que las políticas, planes, programas y acciones públicas contribuyan al desarrollo sostenible del país.

La relación entre transversalidad y descentralización se manifiesta en el ámbito de actuación desde una perspectiva integral, donde la descentralización se entrelaza con el territorio y el espacio urbano, determinando la intervención sectorial. En cuanto a la "competencia" de las diversas entidades sectoriales, esta corresponde a los distintos ministerios y organismos públicos reguladores, basándose en un sistema de "competencia compartida" distribuido territorialmente según una serie de criterios. (p. 125, 126).

Asimismo, se pone de relieve que, en la Ley en cuestión, que luego sería modificada por el Decreto Legislativo n.º 1013 que crea el Ministerio del Ambiente, y sería quien reemplace el CONAM, del que la Ley General del Ambiente señala:

El Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) actúa como la Autoridad Ambiental Nacional y el organismo rector del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SNGA). Su responsabilidad principal es planificar, promover, coordinar, normar, sancionar

y supervisar las acciones orientadas a la protección ambiental y a la conservación del patrimonio natural. También se encarga de controlar el cumplimiento de las obligaciones ambientales, resolver controversias entre entidades públicas y ejecutar acciones derivadas de la ley, su ley de creación y las normas modificatorias y complementarias.

Una función esencial del CONAM, según los incisos e) y f) del artículo 4º del SNGA, es dirigir la elaboración y revisión de los Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y Límites Máximos Permisibles (LMPs). El CONAM debe elaborar o encargar propuestas para los ECAs y LMPs, que luego se remiten a la Presidencia del Consejo de Ministros para su aprobación mediante decreto supremo.

El CONAM también autoriza la aplicación de estándares internacionales en ausencia de ECAs o LMPs equivalentes aprobados en el país y dirige el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. Esto debe alinearse con el artículo 32.1 de la Ley General del Ambiente (LGA), modificado por el Decreto Legislativo N.º 1055, que establece que el LMP es la medida de concentración de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos en efluentes o emisiones. Si se excede, puede causar daños a la salud, el bienestar humano y el ambiente. El Ministerio del Ambiente es el encargado de determinar y exigir el cumplimiento de estos límites, con los criterios de supervisión y sanción establecidos por dicho Ministerio.

El artículo 32.2 prescribe que el LMP debe ser coherente con el nivel de protección ambiental establecido para una fuente específica y con los niveles generales en los ECAs. La implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas, conforme a las normas pertinentes. (p. 127, 128).

ii. ESTRUCTURA Y NATURALEZA JURÍDICO-PENAL DE LA TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN LEGAL

Peña Cabrera (2010) destaca que los delitos ambientales deben enfocarse en proteger una dimensión estructural y natural, es decir, aquellos factores ecológicos y naturales esenciales para mantener un equilibrio y conservación adecuado del medio ambiente. Además, deben prevenir los peligros que los efectos contaminantes pueden causar tanto en la salud humana como en la supervivencia de la fauna y la flora.

En este caso, sería adecuado optar por la estructuración de un tipo penal de peligro. Sin embargo, el legislador decidió crear un tipo penal "mixto", permitiendo que la sanción de la conducta se base en la demostración de un daño real o en la posibilidad de que la acción cause perjuicio o alteración al medio ambiente o a sus componentes. Esto ofrece dos posibilidades para considerar la configuración del delito de contaminación ambiental. (Peña Cabrera, 2010).

Desde una perspectiva estrictamente dogmática y posiblemente político-criminal, la técnica del delito de peligro abstracto puede ser muy conveniente. Sin embargo, esta elección puede tener implicaciones significativas en el ámbito probatorio del proceso penal.

Puede también revelar indicios de ilegitimidad al colocar la valoración de la conducta en manos de las autoridades competentes, lo que puede introducir un grado considerable de discrecionalidad. Esto, a su vez, puede generar incertidumbre jurídica dentro de la Justicia Penal. (Peña Cabrera, 2010).

Peña Cabrera (2009), plantea una pregunta ¿Cómo debe evidenciarse el peligro potencial y en base a qué intereses jurídicos debe evaluarse? Primero, es importante aclarar que este peligro no debe ser únicamente potencial, sino que debe mostrar idoneidad y/o aptitud suficiente para poner en riesgo real a los componentes ambientales (como el suelo, las aguas marítimas o subterráneas), sin necesidad de que se demuestre un peligro concreto para la vida y salud de las personas.

La aptitud o idoneidad del peligro debe evaluarse tanto desde una perspectiva ex ante, al prever los riesgos antes de que se materialicen, como ex post, al verificar si la conducta atribuida al agente ha efectivamente generado un estado de riesgo para los intereses jurídicos protegidos por la norma penal. Esta evaluación puede presentar dificultades cuando existen riesgos adicionales que no están directamente bajo el control del agente, sino que resultan de otros factores causales concurrentes o concomitantes. Además, el principio jurídico-procesal de *in dubio pro reo* puede, en algunos casos, llevar a la

absolución de los verdaderos culpables de estos delitos graves debido a la duda razonable sobre su responsabilidad. (p. 56).

Reátegui Sánchez (2006), ratifica la naturaleza del tipo penal como mixto, abarcando tanto un resultado disvalioso como una modalidad de peligro concreto. Este tipo penal, en realidad, se asemeja al denominado delito de aptitud, el cual no se basa en un juicio hipotético o apriorístico, sino en la descripción de una acción que, con alta probabilidad, pueda causar una lesión al interés jurídico protegido penalmente. En este contexto, la lesión no se relaciona con bienes jurídicos de carácter personal, sino con el bien jurídico espiritualizado: el Medio Ambiente. (p. 222).

Según Morales Prats (1999), en cada caso concreto, la verificación de la aptitud del acto contaminante para generar un peligro *ex ante*, es decir, una peligrosidad objetiva y real de la conducta previamente al hecho. Esto debe relacionarse con el equilibrio de los sistemas naturales o con la salud de las personas. Esta exigencia es esencial para la configuración del delito y se diferencia de los delitos de peligro abstracto estricto sensu, que se basan en una presunción general de peligro sin necesidad de demostrar una amenaza concreta y específica. (p. 133).

Por otro lado, Peña Cabrera (2009), señala que la aptitud potencial del riesgo también puede constituir una infracción administrativa al violar una norma del Derecho positivo ambiental, lo que podría llevar a una doble sanción por el mismo acto. Dado que el principio de "non bis in idem" se basa en la "triple identidad" (misma conducta, mismo bien jurídico y misma relación de imputación), el debate se centra en si el objeto de protección jurídica es el mismo tanto en el ámbito penal como en el administrativo. La respuesta es afirmativa, ya que no se observa una distinción sustantiva entre los objetos de tutela en ambos casos; en ambos, el bien protegido es el Medio Ambiente, incluyendo la protección y conservación de los componentes ecológicos y los recursos naturales.

Por lo tanto, si una conducta ya se configura como un delito ambiental, la Administración debería abstenerse de imponer sanciones adicionales al agente, a menos que dicha conducta solo constituya una infracción administrativa. Se puede concluir que la infracción administrativa está incluida dentro del delito penal cuando se trata de la violación de normas, reglamentos o límites máximos permisibles. (pp. 90-95).

iii. OBJETO MATERIAL

Peña Cabrera (2010) establece que, la descripción típica en cuestión se refiere a diversos componentes ambientales que forman parte del concepto de "Medio

Ambiente". Normativamente, se incluyen los siguientes elementos: "la atmósfera, el suelo, el subsuelo, y las aguas terrestres, marítimas o subterráneas".

En cuanto al primer elemento, Caldas Vera (2003) señala que, la "atmósfera"; se dice que es una capa gaseosa que rodea el cuerpo celeste u otro cuerpo cualquiera; constituye en puridad el marco sobre el cual fluye el aire que respiramos, importa el área donde se desarrollan los seres vivientes (p. 80).

Sobre el segundo elemento, Peña Cabrera (2010) menciona que, el "suelo" debe definirse como el área sobre la cual se sustenta la vida humana en su estado natural y que también sirve de base para toda manifestación de vida vegetal. Cada país o región posee un suelo con características específicas influenciadas por su geografía accidentada, el clima, los movimientos telúricos, las erupciones volcánicas, entre otros factores, que generan consecuencias inevitables en su estructura.

Sin duda, el suelo es un recurso natural que sufre considerablemente debido a la intervención humana. Los campos de cultivo, prados y bosques son frecuentemente transformados en espacios comerciales, industriales o en zonas con grandes edificios, lo que lleva a una degradación inevitable del suelo. Además, los incendios y

la deforestación contribuyen a la pérdida de las propiedades inherentes del suelo. (p. 135).

Sobre el tercer elemento, Caldas Vera (2003), señala una definición básica del subsuelo, destacando su ubicación, su falta de habitabilidad para organismos vivos y su relación con el suelo cultivable. Esta comprensión es esencial para evaluar el impacto de las actividades humanas sobre el medio ambiente y para la gestión de los recursos naturales. (p. 80).

En cuanto a las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, Peña Cabrera (2010) señala que, las "aguas terrestres" son parte del recurso hídrico y se dividen en ríos y lagos. Los ríos son corrientes continuas que fluyen sobre la superficie terrestre y desembocan en el mar, mientras que los lagos son cuerpos de agua estancada que se acumulan en depresiones del terreno y no generan corrientes.

Por otro lado, las "aguas marítimas" abarcan los mares y océanos que rodean los continentes y pueden delimitar el territorio de las naciones, como en el caso de las islas. Estas aguas se dividen en "aguas libres," que no están sujetas a jurisdicción de ningún estado, y "aguas adyacentes," sobre las que un país ejerce soberanía, incluyendo la Zona Económica Exclusiva (ZEE), que en

Perú se extiende hasta doscientas millas marinas, según el artículo 54° de la Ley Fundamental. (p. 136).

El agua puede contaminarse debido a la presencia de diversos agentes, tanto químicos como gaseosos, como detergentes, aceite, gasolina y otros elementos tóxicos. Esta contaminación puede reducir significativamente el nivel de oxígeno en el agua, lo que puede hacer que las especies acuáticas no puedan sobrevivir y mueran. Además, si los animales contaminados llegan a ser consumidos por los seres humanos, pueden causar daños importantes a la salud de los consumidores. (p.136).

iv. VERBOS RECTORES

Peña Cabrera (2010) señala que, la figura delictiva de la "Contaminación Ambiental" se define en el artículo 304° del Código Penal como "provocar o realizar descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes." Esta definición abarca cualquier acción que cause alteraciones en las características físicas, químicas o biológicas del ambiente, lo cual puede afectar gravemente la supervivencia de las especies y la vida humana. La contaminación suele ser el resultado de la acción directa de individuos o de sustancias y organismos

que introducen elementos nocivos en el aire o el agua de un área específica. Estas sustancias, que no forman parte del ecosistema natural, pueden provocar altos niveles de toxicidad al entrar en estos sistemas. (pp. 136 – 137).

Así, de acuerdo a Peña Cabrera (2010), la primera, conducción típica, es la 'provocación y/o emisión de descargas contaminantes' en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, aguas marítimas o aguas terrestres.

Boix Reig (1996), señala que, mientras el término 'realizar' hace referencia a la ejecución inmediata de la emisión o vertido, cabe interpretar el término 'provocar' como intervención mediata en dicha ejecución, bien porque se trata de actividades previas, en ocasiones necesarias a la ejecución inmediata.

En opinión de Rodríguez Devesa como se citó en Boix Reig (1996), se realiza una actividad en si no nociva, que origina productos secundarios nocivos o que pueden serlo por ulterior transformación.

En función a ello, Carmona Salgado (2011) señala que, la "realización" en su sentido gramatical se refiere a la ejecución efectiva de una acción u omisión que da lugar a la emisión de descargas contaminantes realizadas directamente por el autor. En contraste, la "provocación" implica una actividad diferente, que no produce

directamente la descarga contaminante, sino que crea las condiciones propicias para que dicha contaminación ocurra. Este tipo de actuación se considera un acto de complicidad o instigación, al facilitar o promover la acción contaminante sin ejecutarla directamente.

Así pues, Peña Cabrera (2010) establece que, la modalidad de "realizar" puede manifestarse de manera directa o indirecta. En términos directos, se refiere a la autoría inmediata, donde el autor lleva a cabo la acción contaminante de forma directa. En términos indirectos, se refiere a la autoría mediata, donde el autor no ejecuta directamente la acción, sino que lo hace a través de un tercero.

C. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Conforme a lo dicho por Peña Cabrera (2010) el artículo 304° del Código Penal establece un tipo penal "mixto" al incluir dos formas de configuración: primero, cuando la conducta causa o tiene el potencial de causar un daño al ambiente o sus componentes. La primera modalidad se basa en la verificación de daños reales, como la contaminación efectiva de un río por desechos tóxicos. Aquí, el daño debe afectar al medio ambiente en general, no a bienes jurídicos personales, pues en caso contrario se aplicaría la agravante del artículo 305°.

La segunda modalidad se centra en la "aptitud" de la conducta para causar daño, evaluando el riesgo de manera anticipada (ex-ante) y posterior (ex-post) para determinar si puede efectivamente perjudicar al medio ambiente. Si solo se infringen los límites máximos permisibles (LMP) sin evidencia de daño significativo, la conducta se considera una infracción administrativa. En resumen, la primera modalidad se considera un delito de resultado, mientras que la segunda se ajusta al tipo penal de peligro concreto. Los actos preliminares que no causen daño inmediato se consideran tentativa, pero si crean un riesgo significativo, encajan en la categoría de peligro concreto. (pp. 143 – 144).

D. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Sobre el tipo subjetivo del injusto, Peña Cabrera (2008) señala que, la interpretación de la modalidad culposa del tipo penal en cuestión debe basarse en criterios materiales de punición, es decir, su sanción penal solo es procedente si se ha producido un daño real al medio ambiente o a sus componentes. Aunque el artículo 304° del Código Penal presenta un tipo penal mixto, el injusto culposo de contaminación ambiental solo puede ser penalizado cuando se confirme un daño efectivo. Por lo tanto, la mera posibilidad de causar daño, sin dolo en la conducta, no justifica una sanción penal; en su lugar, se aplicará el Derecho Administrativo sancionador. (p. 147).

E. MODALIDAD CULPOSA

Peña Cabrera (2008) señala que, la interpretación de la modalidad culposa del tipo penal en cuestión debe ajustarse a criterios materiales de sanción. Esto significa que la penalización solo es válida si se ha producido un resultado concreto. Aunque el artículo 304° del Código Penal describe un tipo penal mixto, el injusto imprudente de contaminación ambiental solo puede ser objeto de sanción penal si se verifica un daño real al medio ambiente o a sus componentes. Así, la simple posibilidad de causar daño de manera culposa no es suficiente para aplicar una pena. Si no se demuestra dolo en el comportamiento, la respuesta estatal debe ser a través del Derecho Administrativo sancionador. (p. 147).

F. LA LEY N.º 29263 QUE INTRODUCE EL INFORME TÉCNICO COMO CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD Y SU APLICACIÓN AL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

a. NOCIONES PRELIMINARES

Reátegui Sánchez (2006), menciona que la especialización de los organismos responsables de la investigación y decisión en asuntos penales puede darse en dos formas. La primera es una especialización en el ámbito organizacional-ambiental, la cual se refiere, por ejemplo, a los límites permisibles establecidos por la ley administrativa. En este contexto, es esencial contar con una policía científica debidamente equipada y capacitada para llevar a cabo las

imputaciones penales en este tipo de delitos ambientales. (p. 213).

No es suficiente verificar la presencia de humos, vapores, partículas o el vertimiento de residuos; es necesario confirmar que dichas emisiones superan los límites establecidos por la ley. Además, se requiere una mejor organización en el ámbito normativo-ambiental, ya que resulta complicado para un juez penal, y aún más para una persona no especializada, comprender conceptos jurídico-penales ambientales dispersos en normas administrativas. Esto compromete el principio de reserva y afecta gravemente el principio de legalidad, lo que a su vez impide que la población desarrolle una adecuada "motivación penal" para prevenir los delitos ambientales. (p. 213).

En el ámbito normativo-ambiental, se ha adoptado una estrategia legislativa que busca fortalecer la defensa del medio ambiente mediante la intervención previa de la administración, por ejemplo, para iniciar procesos penales por delitos de contaminación. En este contexto, el Derecho penal administrativo o económico está evaluando la posibilidad de implementar mecanismos más efectivos para proteger bienes jurídicos de carácter difuso. En este esquema, el Ministerio Público pierde parcialmente su monopolio sobre la acción penal pública, permitiendo que

otros actores intervengan en la protección de estos intereses. (p. 213).

b. ANÁLISIS DE LA LEY N.º 26631 DEROGADA POR LA LEY N.º 29263 Y SU RELACIÓN CON LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA

Reátegui Sánchez (2006), hace referencia al artículo primero de la ley en mención:

Antes de que el Ministerio Público formalice una denuncia por delitos ambientales, es necesario un informe técnico de entidades sectoriales competentes, como los Ministerios de Energía y Minas o Pesquería, que emitan una opinión fundamentada sobre si se ha violado la normativa ambiental en un plazo de 30 días. Este informe, aunque ajeno a la función judicial, no determina por completo el perfeccionamiento del delito, ya que la procedibilidad administrativa es una cuestión procesal, mientras que la evaluación de la conducta como punible corresponde al Derecho sustantivo.

La Ley 26631 establece que el Derecho penal es subsidiario del Derecho administrativo. La infracción administrativa es una condición necesaria para la punibilidad, pero no suficiente por sí sola para constituir un delito penal. En este contexto, el legislador ha recurrido a la "norma penal en blanco", que necesita ser complementada con normas administrativas, como decretos supremos o resoluciones ministeriales, las cuales definen los límites de las actividades contaminantes en cada sector. Aunque esta técnica legislativa puede ser criticada por violar el principio de reserva legal, a menudo se considera un "mal necesario".

El artículo 304° del Código Penal exige el cumplimiento de dos criterios: primero, que se determinen las "normas de protección del medio ambiente", y segundo, que se compruebe que estas normas han sido violadas al superar los límites permitidos. Estas normas no solo protegen el ambiente, sino que también regulan la posibilidad de perseguir penalmente los delitos de contaminación

desde la entrada en vigor de la Ley 26631. (pp. 217-219).

En cuanto al artículo segundo, Peña Cabrera (2010) menciona que, las actividades productivas que cuenten y ejecuten el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (en adelante PAMA) o cuenten con Estudios de Impacto Ambiental (en adelante EIA), se dará inicio a la acción penal por delito de contaminación ambiental, siempre y cuando se vulnere la normatividad contenida en el PAMA o en el EIA (p. 219).

En relación a ello, según Caro Coria (1999), estamos en este artículo ante el denominado prohibición represiva con cláusula liberatoria.

Reátegui Sánchez (2006), señala que, la Ley n.º 29263 que modifica el art. 149 de la LGA ha mantenido la exigencia de un informe previo emitido por la autoridad ambiental como condición para el ejercicio de la acción penal que es requisito de procedibilidad para efectos de formalizar investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal el que debe ser evacuado en el plazo de 30 días.

El art. 149 de la Ley General del Ambiente dice que:

Inciso 1. para formalizar una denuncia por delitos ambientales, el Ministerio Público necesita un informe técnico de las entidades sectoriales competentes, que debe emitirse en un plazo de 30 días. Si hay discrepancias entre varios informes, el Ministerio del Ambiente emitirá una opinión definitiva. Estos informes deben ser

considerados tanto por el Fiscal como por el juez al tomar decisiones judiciales.

En casos donde las empresas cuenten con Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAM) o estudios de impacto ambiental, solo se podrá proceder penalmente si no cumplen con las pautas de dichos programas. Esto implica que si una empresa está en proceso de adecuación a un programa ambiental, el Ministerio Público no puede formalizar una denuncia a menos que haya incumplimiento.

A menudo, las entidades sectoriales otorgan plazos largos para que las empresas solucionen problemas ambientales, pero mientras tanto, las comunidades cercanas siguen sufriendo los efectos de la contaminación. En estos casos, si las autoridades ambientales no actúan, el Ministerio Público podría iniciar acciones por delitos relacionados con la salud pública, como los contemplados en los artículos 286, 287 y 295 del Código Penal, que sancionan la contaminación de aguas o sustancias destinadas al consumo humano, entre otros. (pp. 219, 220).

Por otro lado, Caro Coria (1999) establece que, el art. 2 de la Ley carece de justificación porque no sólo vulnerando el PAMA o el EIA puede perjudicarse el entorno natural. Es decir, no todo aquél que tenga en marcha o ya está ejecutando un PAMA, puede ocasionar perjuicios o alteraciones al ecosistema natural, ya que, si, por ejemplo, se afecta gravemente el ambiente, pero dada su conformidad con el EIA o el PAMA queda sin lugar la intervención penal. (p. 384).

Aunado a ello, Reátegui Sánchez (2006) complementa que, aun cuando existiese la autorización administrativa del sector correspondiente, la conducta del agente sigue siendo

típico, desde que formalmente se ha consumado el presupuesto de hecho descrito en el art. 304 o 305 del CP, empero, lo que sí es menester advertir es que dicha conducta está amparada por una causa de justificación que convierte lícita proveniente de la acción de acuerdo a Derecho por tratarse del "ejercicio legítimo de un derecho u oficio" (art. 20. 8 del CP).

El objetivo político-criminal subyacente parece ser la reducción del ámbito de aplicación judicial de los delitos ambientales, lo que podría interpretarse como un intento irónico de disminuir la carga procesal existente. Sin embargo, esto resulta absurdo, ya que, aunque se busque reducir la protección penal del medio ambiente, el artículo 2 de la Ley tiene un mayor alcance. Para que sus efectos eximentes se apliquen, se requerirá la autorización previa de la autoridad administrativa competente, respetando siempre el principio de legalidad. Esto introduce un filtro administrativo que puede limitar la intervención penal directa. (pp. 220, 221).

G. AUTORIDAD AMBIENTAL COMPETENTE Y EL INFORME DE LA AUTORIDAD AMBIENTAL COMPETENTE

El Decreto Supremo n.º 004-2009-MINAM, emitido el 17 de marzo de 2009, reglamenta el numeral 149.1 de la Ley n.º 28611 y establece que la autoridad ambiental competente para elaborar

el informe fundamentado es la autoridad ambiental sectorial, o sus organismos reguladores o de fiscalización, relacionados con el proceso penal en curso. Este reglamento facilita la labor del Ministerio Público al aclarar que, si hay más de una autoridad competente o si existen dudas sobre su competencia, el Fiscal debe solicitar el informe correspondiente al Organismo de Fiscalización Ambiental (OEFA).

Se argumenta que dicho informe no tiene carácter vinculante para promover la acción penal, lo que significa que el Ministerio Público debe solicitarlo y analizarlo junto con otras pruebas antes de tomar decisiones en el proceso penal, ya que es esencial para evaluar el daño ambiental. Sin embargo, en la práctica, los magistrados encargados de delitos ambientales suelen considerar este informe como vinculante, condicionando la acción penal a sus conclusiones. Esto ha llevado a que muchas denuncias sean archivadas si el informe no detecta infracciones, incluso cuando la contaminación es evidente.

El artículo 3º del DS n.º 004-2009-MINAM ha complicado aún más la situación, ya que algunos sostienen que ni siquiera pueden iniciarse diligencias preliminares sin dicho informe. Esta exigencia se considera desproporcionada, ya que limita la facultad de los fiscales para investigar de oficio delitos ambientales cuando existen indicios claros de un crimen ambiental.

Este razonamiento se apoya en dos normas clave: el artículo 321° del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), que establece la finalidad de la investigación preparatoria, y el artículo 149°, inciso 1, de la Ley General del Ambiente (LGA), modificado por la Ley n.º 29263. Esta última norma estipula que el informe emitido por la autoridad ambiental debe ser presentado "antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal". Sin embargo, la norma no establece que dicho informe sea una condición procesal para iniciar la acción penal o para comenzar con diligencias preliminares por parte de la fiscalía o la policía.

2.1.7. LA ACCIÓN PENAL

A. CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL

Vescovi, citado en Beteta (2011), sostiene que, la acción penal es una facultad jurídica que posibilita reclamar el ejercicio de la función jurisdiccional y se configura como un derecho subjetivo procesal (autónomo e instrumental) para solicitar el inicio de la actividad judicial y obtener un pronunciamiento (sentencia).

Salas Beteta (2011) señala que, la acción penal representa el poder conferido a un órgano oficial, como el Ministerio Público, o en casos excepcionales, a un titular particular mediante acción privada. Este poder se ejerce después de una adecuada investigación para solicitar una declaración judicial sobre la

responsabilidad del acusado. La acción penal es pública, ya que es el Estado quien administra justicia a través del proceso penal, abarcando desde la persecución del delito hasta la ejecución de la sanción penal. Este proceso es gestionado por dos órganos independientes y autónomos: el Ministerio Público, encargado de la investigación y acusación, y el Poder Judicial, que se ocupa del juzgamiento.

Maier (1999) argumenta que, la acción penal es una función completamente estatal, ya que su carácter público implica que está dirigida al Estado, cuyo papel es restablecer la paz social perturbada por la comisión de un delito. En este contexto, el Ministerio Público lidera la acción penal al presentar la acusación ante el juez, quien luego convoca el juicio oral. Así, la acción penal desencadena el ejercicio de la jurisdicción. (p. 91).

Según Oré Guardia, tal como se cita en Salas Beteta (2011), la acción penal se caracteriza simultáneamente como un derecho subjetivo y un derecho potestativo. Como derecho subjetivo, la acción penal busca activar la maquinaria estatal para obtener una tutela jurisdiccional efectiva. En su dimensión como derecho potestativo, está orientada a someter al imputado al proceso judicial, con el objetivo de que el juez determine su responsabilidad o inocencia. (p. 91).

En el nuevo proceso penal, la acción penal pública es ejercida por el fiscal penal al presentar su acusación ante el juez de la

investigación preparatoria. En esta etapa, el fiscal identifica al acusado, detalla los hechos imputados, establece la tipología penal correspondiente, y especifica tanto el monto de la pena como la reparación civil. Esta actuación demuestra claramente la intención persecutoria del fiscal. (Salas Beteta, 2011, p. 91).

B. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

De acuerdo a Salas Beteta (2011) son las siguientes:

a. OFICIALIDAD

La acción penal pública tiene carácter oficial ya que la ley confiere al Ministerio Público, órgano constitucionalmente autónomo, la autorización para ejercerla. Este órgano es responsable de dirigir la investigación y actuar como parte acusadora en el juicio. (p.92).

b. ES PÚBLICA

La acción penal es llevada a cabo por un ente público autónomo que dirige su ejercicio al órgano jurisdiccional (Poder Judicial). Su importancia social radica en que, al promover la jurisdicción, busca restablecer el orden social alterado por la comisión de un delito. (p.92).

c. ES INDIVISIBLE

La acción penal es única y tiene una sola pretensión: conseguir una sanción penal para el autor o partícipes del

delito. No existen distintas acciones que correspondan a cada agente, sino una acción indivisible (p.92).

d. ES OBLIGATORIA

El Ministerio Público debe ejercer la acción penal pública cuando conoce un hecho delictivo y, identifica al responsable. No obstante, la evolución del Derecho Procesal Penal ha introducido excepciones a esta obligación, permitiendo al Ministerio Público actuar con discrecionalidad. Así, puede decidir no ejercer la acción penal en casos específicos previstos por la ley, optando por mecanismos alternativos para resolver el conflicto penal de manera más ágil. (p.92).

e. ES IRREVOCABLE

Exactamente. Despues de que se presenta la acusación, el fiscal no puede archivar el caso de manera unilateral. Si el fiscal opta por retirar la acusación, la decisión sobre el sobreseimiento del caso queda en manos del juez de la investigación preparatoria, quien evaluará si procede o no el archivo del caso. (p.92).

f. ES INDISPONIBLE

La acción penal debe ser ejercida por el sujeto que la ley designa específicamente. En los delitos que se persiguen mediante acción penal pública, corresponde al Ministerio

Público ejercerla. Por otro lado, en los delitos de acción penal privada, es el agraviado o su representante legal quien debe ejercerla. Este derecho de acción es indelegable e intransferible. Así, mientras el fiscal está obligado a ejercer la acción penal pública, en la acción penal privada, el ejercicio depende de la voluntad del agraviado. (p.92).

C. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA

De acuerdo a Salas Beteta (2011) son las siguientes:

a. VOLUNTARIA

La decisión de promover la acción penal privada incumbe solo al agraviado del hecho.

b. RENUNCIABLE

Ejercida la acción penal privada, su titular puede retirarla o desistir de ella.

c. RELATIVA

Si bien el titular de la acción privada la ejercita directamente ante el órgano jurisdiccional, es el Estado quien administra el proceso y aplicará la sanción correspondiente.

d. EXCEPCIONAL

La acción penal privada se encuentra limitada a unos cuantos delitos. Nuestro Código Penal (CP) establece que

sólo pueden perseguirse por acción privada los delitos de lesiones culposas leves (art. 124 primer párrafo CP), injuria, calumnia y difamación (art. 138 CP) y violación a la intimidad (Todo el capítulo según el art. 158 CP). (p.93)

D. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Se señala que el fiscal, de oficio o a pedido del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando concurren ciertos requisitos exigidos por la norma procesal, de acuerdo a Salas Beteta (2011), son los siguientes:

a. PRESUPUESTOS PRIMARIOS

i. SUFICIENTES INDICIOS QUE ACREDITEN LA EXISTENCIA DEL DELITO

El fiscal no solo debe de "creer" que el hecho punible se cometió, sino que debe de contar con las evidencias o testimonios que permitan sustentar la existencia del delito. Ello se logrará en atención a los resultados obtenidos de la realización de las diligencias preliminares (p. 106,107).

ii. RELACIÓN DE IMPUTABILIDAD ENTRE EL HECHO PUNIBLE Y LA CONDUCTA DEL INVESTIGADO

No es suficiente con demostrar que el delito ha ocurrido; el fiscal también debe establecer la relación entre la conducta del investigado y la comisión del hecho delictivo.

Si el fiscal no encuentra elementos suficientes que vinculen al investigado con el delito, deberá archivar el caso o solicitar el sobreseimiento, dependiendo de si se encuentra en la fase de diligencias preliminares o en la investigación preparatoria formalizada.

La acción penal no prescribe, lo que permite que el fiscal continúe con su ejercicio y solicite el juzgamiento y la imposición de la pena ante el órgano jurisdiccional mientras el delito esté dentro del plazo legal. Esta ausencia de prescripción garantiza el respeto a las garantías del debido proceso. (p. 107).

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El propósito de la investigación es determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para aplicar el principio precautorio frente a la exigencia del informe técnico en el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304° del Código Penal, luego de analizar el marco normativo, la doctrina jurídica y, algunas teorías filosóficas sobre el ordenamiento jurídico, se ha planteado que, los fundamentos son:

- a. La garantía del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado.
- b. La observancia del principio de supremacía constitucional.
- c. La prevención de la limitación injustificada del ejercicio de la acción penal

En tal virtud, el desarrollo del presente capítulo se subdivide en subcapítulos que son los tres componentes de la hipótesis, el propósito es, sistematizar la discusión y demostrar la pretensión hipotética de manera clara y contundente.

En realidad, la discusión es una sola, sin embargo, para dilucidar el problema investigativo y desarrollar la propuesta creativa de solución, es necesaria su separación. Esta discusión radica en justificar la flexibilización de la regla prescrita en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, que funciona como condición para la procedibilidad de la acción penal en la etapa intermedia del proceso penal por delito de contaminación ambiental, debilitando de ese modo la función constitucional del Ministerio Público; esta regla también origina un estado de insalvable desamparo de la garantía del derecho a gozar de un ambiente equilibrado, sin embargo, dicha flexibilización será posible en tanto la regla ambiental sea dotada del sentido aplicativo tuitivo del medio ambiente,

proveniente del principio precautorio regulado como norma general de la regulación normativa ambiental en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.

A partir de ahí, se verifica la marcada contraposición normativa existente entre el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, con el artículo 2 inciso 22 de la Constitución, hecho problemático que ha de dirimirse, mediante la dirección de dos principios que para tal fin, desembocan en el mismo fin, la flexibilización de una regla para salvaguardar un derecho fundamental, estos principios operantes son el principio precautorio regulado en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente y, el principio de supremacía constitucional regulado en el artículo 51 de la Constitución.

En esa línea de ideas es que se desarrolla la contrastación de la hipótesis, claro, nutrida de teorías filosóficas que brindan el respaldo científico y el carácter argumentativo a los fundamentos que se plantean para resolver el presente planteamiento hipotético.

3.1. LA GARANTÍA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO

El Perú, como diversos Estados creyentes y convertidos al evangelio del modelo de Estado social y democrático, profesa y predica la garantía de los derechos fundamentales personalísimos, los de carácter social, económico, cultural y, los de carácter difuso que alcanzan a cada individuo, pero que su protección o desprotección puede afectar a muchos.

En ese sentido, según González Ojeda (2003), se entiende que el sistema jurídico en el Estado Social de Derecho trasciende la nueva regulación formal. El Derecho es un conjunto normativo, pero tiene connotaciones sociales; es decir, se entiende que el Derecho, en especial los derechos Fundamentales, no sólo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del Derecho. Esta idea social del Derecho es material, no formal; requiere que los contenidos axiológicos se hagan tangibles en la vida social.

Por tanto, la concepción del Derecho en el Estado social presupone los valores de justicia social y de dignidad humana. Estos valores los entendemos como la justicia social como la realización material de la justicia, y la dignidad humana como el libre desenvolvimiento de la personalidad, o como es lo mismo, el despliegue más acabado de las potencialidades humanas gracias al perfeccionamiento del principio de la libertad.

El Perú es una república democrática y social, nos dice el artículo 43 de la Constitución, queriendo enfatizar en primer lugar que la fuente del poder político es el pueblo, que el origen de la República como forma de gobierno es supuestamente popular, y que, en este sentido, el Estado debe estar orientado a alcanzar los fines y aspiraciones de las grandes mayorías, que para nuestro caso están traducidos en el artículo 44 o, resumidos en la voluntad social. De otro lado, formalmente somos también un Estado social, lo que supone no sólo una justa distribución de poder o democracia política,

sino también el cumplimiento de una equitativa distribución y redistribución de bienes y servicios económicos, lo que realmente no sucede en el Perú.

El fin del Estado social y democrático se ve condensado en el artículo 1 en concordancia con el artículo 44 de la Constitución, este es, la persona humana y el respeto de su dignidad⁷, lo que quiere decir en buena cuenta que, el bienestar de la persona como individuo es el fin supremo no solo del gobierno, sino también de la sociedad, es decir, que en el Perú, por ser un modelo de Estado social y democrático, tanto gobierno como sociedad dependen uno del otro, en función del bienestar del individuo, de ahí que se deriva, el principio de solidaridad⁸, que vincula a toda la sociedad y a los órganos de gobierno, obligándolos a cumplir con el rol constitucional solidario en función de la persona.

Por qué tenemos ese modelo de Estado en el Perú, la respuesta es más simple de la que se piensa; por la introducción de los derechos fundamentales a las Constituciones, este evento jurídico y político, trastornó el sistema jurídico conocido y reconocido por el positivismo jurídico en la década de 1980 en países que anhelaban un modelo en todo sentido liberal, que garantice las libertades del hombre. Claro está, no todos los países que adoptaron derechos fundamentales en sus Constituciones, eran conscientes de las consecuencias que acarrearía esta adopción.

⁷ La dignidad es el dinamo de derechos fundamentales, por tanto, toda persona se encuentra en un estado de merecimiento perpetuo e indefinido, por poseer dignidad, se puede decir que, la dignidad es la fuente los derechos fundamentales.

⁸ STC EXP N° 06089-2006-AA/TC

Zagrebelsky (1990), en la década del 90, hace un llamado a los Estados que adoptaron el modelo jurídico libertario fundamentalista, para que actúen con cuidado al momento de aplicar las leyes que antes fueron vistas con inmutable e incólume imperatividad, porque los derechos fundamentales contenidos en las constituciones, ahora, impiden su aplicación directa a la persona, antes de su aplicación, se habrá de determinar si estas leyes vulneran o no los derechos que por encontrarse dentro de las constituciones, ahora, tienen mayor importancia que la misma imperatividad de las leyes.

El profesor italiano, advierte, asimismo, que nada dentro del ordenamiento jurídico y su funcionamiento volvería ser lo mismo, denominando a tal situación de inseguridad jurídica: “La Crisis de la Ley”, lo que más adelante, los doctrinarios representantes del nuevo constitucionalismo como la italiana Susanna Pozzolo, el mexicano Miguel Carbonell, llamarían a este fenómeno: neoconstitucionalismo. En esa misma línea, dentro de la filosofía existen autores como Manuel Atienza, Juan Moreso, Ramón Ruiz, Aguiló Regla, entre otros, que llaman al fenómeno jurídico: Estado Constitucional de Derecho, el mismo que consiste, en resumidas cuentas, en quitarle imperatividad a la ley para darle más importancia y presencia normativa a la garantía de un derecho fundamental contenido en la Constitución.

No queremos centrarnos en las tres aristas del pospositivismo que los doctrinarios de la filosofía jurídica como Atienza, Moreso, Aguiló Regla, entre otros, desarrollan, y que son: i) el Estado Constitucional de Derecho,

ii) la teoría principalista y, iii) la conexión entre el Derecho y la moral. Desarrollar y discutir la validez de cada arista no es un trabajo que corresponda en el desarrollo de la presente tesis, sin embargo, las dos primeras han de ser aplicadas para dirimir la contraposición normativa entre el artículo 149 de la Ley General de Ambiente que regula el requisito de procedibilidad de la acción penal en la etapa intermedia del proceso penal por delito de contaminación ambiental regulado en el artículo 304 del Código Penal y, el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, que contiene al principio precautorio, el mismo que implica la no obligatoriedad de certeza científica ante un daño ambiental, siempre que se tenga la certeza de que se ha generado.

La fórmula resolutoria de dicha confrontación normativa resulta ser el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, regulado en el artículo 2 inciso 22 de la Constitución Política, pero para poder soslayar la regla del artículo 149 de la Ley General del Ambiente, se debe tener en cuenta que la consecuencia es liberar abiertamente la acción penal que ejerce el Ministerio Público, yendo en contra de la ley citada, esta ruptura del orden normativo, solo será posible siempre que esté justificada.

¿Qué podría justificar la ruptura del orden normativo?, como se mencionó en el párrafo anterior, la formula resolutoria que justificaría la ruptura del orden normativo, en este caso, sería la garantía del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, sin embargo, como señala Bechara Llanos (2011), los principios dotan de sentido a las reglas, por tanto, al margen de que el derecho a gozar de un ambiente equilibrado sea un

principio, el principio que orienta el desplazamiento aplicativo de la regla en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, hacia el extremo del derecho fundamental, es el principio precautorio. Ahora, ¿Ese principio existe? En efecto, se trata del principio precautorio regulado por el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, este principio según el artículo 1 de la Ley n.º 29050 que modifica a la Ley Marco del Sistema de Gestión Ambiental Ley n.º 28245, es:

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

En síntesis, el principio precautorio es aquel que le permite al Estado intervenir, de inmediato y sin sustento ecológico – científico, ante una probable situación de peligro o riesgo de daño medioambiental, para evitar, mitigar, erradicar y/o sancionar la conducta dañosa.

El principio precautorio, le da la posibilidad al derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, a ser tutelado plenamente por Estado en favor de la garantía de ejercicio que tiene la persona. Dicho de otro modo, si el derecho a gozar de un ambiente equilibrado brilla a favor de la persona humana, es porque el principio precautorio irradia su luz en la parte objetiva del derecho y ésta se refleja en la persona, haciendo una alegoría, diríamos que estos principios operan así: El principio precautorio representa el sol que irradia su luz, el principio-derecho fundamental a

gozar de un ambiente equilibrado representa el satélite Luna, y la persona humana representa la tierra, de modo que, como se acaba de explicar, el principio precautorio como sol irradia la luz que necesita la luna que es el derecho a gozar de un ambiente equilibrado, para reflejar el brillo sobre la tierra representada por la persona humana, luz o ejercicio pleno del derecho, es lo que necesita la persona para desarrollarse plenamente.

Con el fin de explicar el panorama y la posición jurídico filosófico del derecho a gozar de un ambiente equilibrado, volvamos al modelo de Estado social y democrático que tiene como característica al Estado constitucional de Derecho, donde los pilares o cimientos de este modelo de Estado son las libertades, siendo estas individuales y colectivas. Lo que es más evidente, es que a la hora de tutelar estas libertades con ellas mismas se van consolidando garantías fundamentales, las cuales trazan los paradigmas o modelos de un Estado creado bajo aristas de libertad, orden y justicia social. Teniendo en cuenta estos criterios, el Estado constitucional se inclina a ser imparcial, tomando un rol de puente o mediador entre la moral y el derecho.

Como se aprecia del modelo, los derechos fundamentales, incluido el que estamos examinando, son producto de la relación moral y derecho, es decir, son hijos del Estado constitucional de Derecho, por lo tanto, como consecuencia de su importancia, parafraseando a Alexy (2007), los derechos fundamentales actúan como los orientadores de todo el sistema jurídico a los que ellos pertenezcan, debido a que no sólo estos, por gozar de criterios especiales conferidos por mandato expreso de la Constitución

Política, deben ser vistos así, sino por el carácter de la textura abierta de las normas de principios y en las últimas a los derechos fundamentales en sí mismos. Estos no pueden ser limitados en su propia interpretación, ya que los derechos deben adecuarse a las mismas necesidades que recogen sus destinatarios principales, los ciudadanos, el pueblo como tal.

Sin embargo, lo interesante de esta relación principalista, es que el principio precautorio, no siendo uno de naturaleza constitucional, es el que permite la garantía del principio-derecho a gozar de un ambiente equilibrado, que sí tiene naturaleza constitucional y, naturaleza principalista según la filosofía jurídica. Se debe enfatizar ello, ya que, en muy pocos casos, un principio normativo es el que dirige el sentido normativo de un principio constitucional

Ahora, ahondando un poco más en el asunto, se tiene que la garantía del derecho a gozar de un ambiente equilibrado debe ser un fundamento jurídico que propicie la flexibilización de la regla establecida en el artículo 149 de Ley General del Ambiente, desplazando la obligación del informe técnico emitida por la autoridad ambiental como requisito para la procedencia de la acción penal mediante a acusación en la etapa intermedia, para dar paso, por el principio precautorio, al ejercicio pleno de la acción penal sin verse condicionada por la obligación del informe técnico.

Aquí se debe precisar que, no se debe confundir al derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, con la garantía del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, el primero, resulta ser el derecho en sí, mientras que la segunda expresión, resulta ser solo una parte del

derecho fundamental, en este caso, se trata de la dimensión objetiva del derecho fundamental, la misma que implica la obligación que tiene el Estado por garantizar el derecho fundamental.

En ese sentido, cuando se trate de la garantía del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, se debe entender como la obligación que tiene el Estado, de cuidar tanto del medio ambiente como bien jurídico ligado al desarrollo integral de la persona humana, que es quien habita el planeta aprovechando los recursos naturales del medio ambiente para la satisfacción de sus necesidades.

A propósito de la obligación del Estado de garantizar el bienestar de la persona humana, que en buena cuenta es, respetar la dignidad de la persona, es preciso traer colación que, según Landa Arroyo (2013), la dignidad es el dínamo de derechos, es decir, la dignidad es el estado de merecimiento de derechos atribuible a la persona humana. Desprendiéndose de este análisis que, la garantía del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado, compone la obligación del Estado de defender a la persona humana y respetar su dignidad a toda costa.

En ese sentido, el Estado a querido sancionar penalmente a aquellos que se atrevan a contaminar el medio ambiente, a través de la imposición del delito de contaminación ambiental regulado en el artículo 304 del Código Penal, sin embargo, el mismo Estado, en su función legislativa ha creído conveniente regular en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, la obligatoriedad de un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal del Ministerio Público ante la presunta comisión del referido

delito ambiental, consistente en la emisión de un informe técnico por parte de la autoridad ambiental, siendo que, ante la ausencia de este documento técnico, el fiscal no podrá pronunciarse sobre el delito durante la etapa intermedia.

Esto último, supone una limitación legal para el ejercicio de la acción penal a cargo del Ministerio Público, por la que persigue el delito de contaminación ambiental. Analizando dicha regla, se puede decir que, el fiscal podría contar con elementos de convicción que prueben la comisión del delito de contaminación ambiental como análisis de laboratorio, fotos, videos, informes técnicos de parte o elaborados por instituciones privadas, declaraciones, comunicaciones, entre otros, pero según el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, el fiscal, a pesar de la abundancia de la prueba, no podrá pronunciarse sobre la viabilidad de la acción penal en la etapa intermedia del proceso penal, sin el Informe Técnico Emitido por la autoridad ambiental.

Qué tal, si los demás medios de prueba reflejan la comisión del delito de contaminación ambiental, pero, por el contrario, el informe técnico proveniente de la autoridad ambiental refleja ausencia de responsabilidad o ausencia de daño de ambiental, en ese caso, nos encontraríamos ante un dilema o disonancia de nivel procesal, ya que, el agente del Ministerio Público se vería de un lado, motivado a acusar, pero, por otro, del lado del informe técnico, incentivado a no hacerlo. Ahora, este problema no se agota con no acusación de parte del fiscal, este problema más bien, se proyecta hasta la esfera ambiental, constitucional y penal. Hasta la esfera ambiental

por cuanto el objeto del Derecho Ambiental es la preservación del medio ambiente como bien jurídico, lo cual coincide con el bien jurídico protegido por el delito de contaminación ambiental, es que como se ha señalado el Derecho Ambiental es transversal y multidisciplinario, es decir, que tiene vinculaciones normativas, inclusive, en el Derecho Penal, donde ya estamos viendo la sanción penal que el Estado ha impuesto para aquél que contamina el medio ambiente (Artículo 304 del Código Penal). Así también, se extiende hasta la esfera constitucional, ya que la Constitución reconoce en el artículo 66 que los recursos naturales son patrimonio de la nación y, que por cuestiones políticas, el Estado es el administrador de su aprovechamiento, en esa línea, siendo la nación el conjunto de individuos, y siendo que el artículo 1 de la Constitución reconoce dignidad para cada individuo, se puede decir que, toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado, lo mismo consagrado en el artículo 2 inciso 22 de la Constitución.

Como se denota de la explicación precedente, una disonancia procesal que se origina de una regulación normativa como la regla del artículo 149 de la Ley General del Ambiente, puede originar problemas que se proyecten en diferentes direcciones, en este caso, se proyecta hasta generar otro problema en el Derecho Constitucional por cuanto la inoperatividad fiscal permite la contaminación ambiental, lo que supone el menoscabo del medio ambiente y, por tanto, el menoscabo del medio donde la persona se desarrolla, por lo que se puede decir, que por inoperatividad fiscal producto de una regulación normativa, conlleva a la vulneración del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado.

En esa línea de ideas, esta disonancia procesal también proyecta un problema dentro del Derecho Ambiental, por cuanto la inoperatividad fiscal provoca la permisión de contaminar el objeto de este derecho, simplificando, lo que se provoca es el incumplimiento del fin de esta disciplina jurídica. El problema, también se proyecta a la esfera del Derecho Penal, generando un problema que rebota a la esfera constitucional, por cuanto la inoperatividad fiscal implica el límite del ejercicio de la acción penal, que si bien en cierto se ejerce en materia penal, pero sin embargo, es una facultad recibida de la propia Constitución, y que, no agota sus efectos con su mero ejercicio o con encontrarse de modo semántico en la Constitución, sino que el ejercicio de la acción penal activa un principio y derecho fundamental que es la tutela jurisdiccional, por la que es posible perseguir el fin del derecho; la justicia, por tanto, la disonancia procesal que comenzó con una aparentemente simple regulación normativa de nivel legal en materia ambiental, ha desencadenado una serie de sucesos problemáticos en distintas esferas del ordenamiento jurídico.

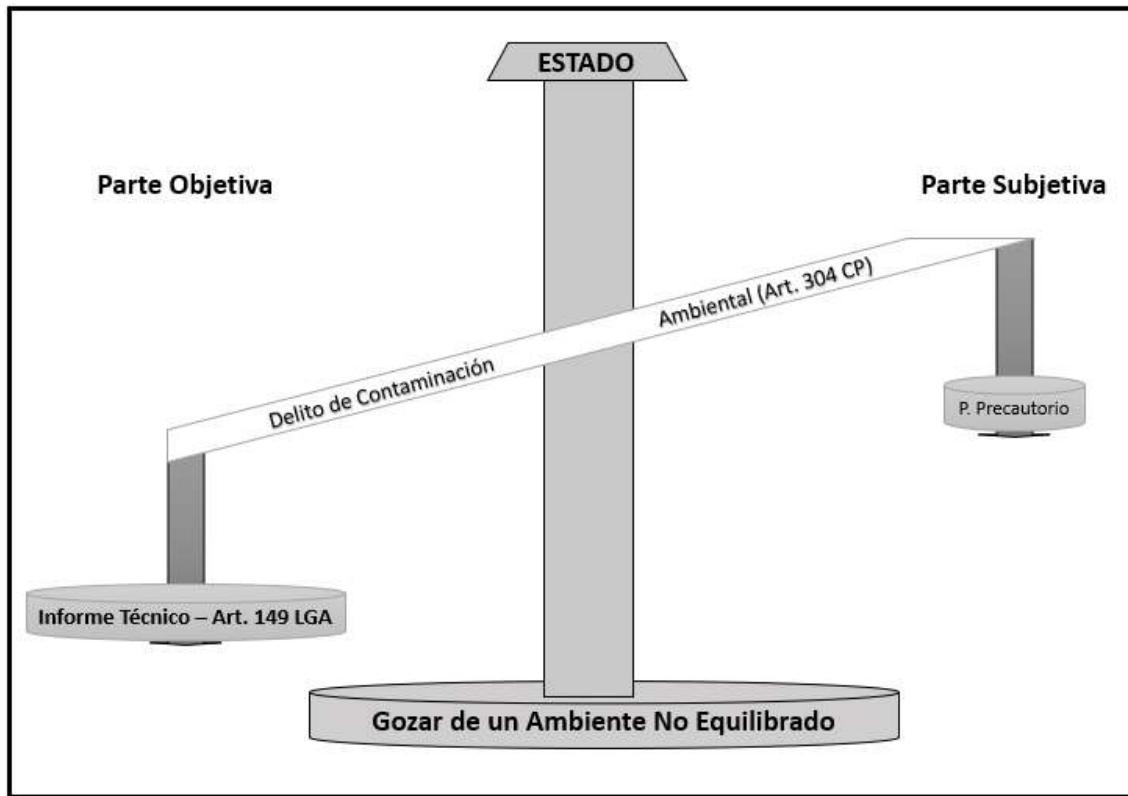
En este primer subcapítulo, se ha tratado el primer fundamento jurídico que implique el desplazamiento o inaplicación de la regla del artículo 149 de la Ley General del Ambiente, en función de la aplicabilidad adecuada del principio precautorio normado como norma general de derecho en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.

En ese sentido, pasaremos a explicar de manera detallada, inclusive, esquemáticamente, cómo la garantía del derecho a gozar de un ambiente equilibrado resulta ser uno de los tres fundamentos jurídicos que hagan

posible la tan anhelada desactivación de la obligatoriedad del informe técnico como requisito de procedibilidad de la acción penal en el delito de contaminación ambiental, mediante la observancia del principio precautorio.

Imaginemos una balanza de pesas, la base de metal pesado representa el derecho a gozar de un ambiente equilibrado, la viga vertical que sostiene la viga horizontal, representa el Estado Social y Democrático que tiene como característica al Estado Constitucional de Derecho, la viga horizontal que se extiende de manera equitativa originando los dos brazos de la balanza, que representa el proceso penal por delito de contaminación ambiental, imaginemos también que el brazo de izquierda tiene una pesa grande que representa la regla del artículo 149 de la Ley General Ambiente, y que el brazo derecho se encuentre una pesa pequeña, que representa el principio precautorio. Entonces, se podrá graficar así:

Figura 1. Primer fundamento jurídico



Elaboración propia.

Explicando el cuadro, se debe precisar que, el principio precautorio no es suficiente para revertir la obligatoriedad de la regla, pero sí puede asociarse con otros principios para conseguir que el delito de contaminación ambiental se investigue y se juzgue con la objetividad que debe caracterizar al rol del Ministerio Público. Por ello, a fin de garantizar la estabilidad de la base de la balanza que representa la garantía del derecho a gozar de un ambiente equilibrado, se debe colocar la pesa del principio precautorio en el brazo derecho para contrapesar la base de la balanza y evitar su caída.

El principio precautorio, como se ha señalado en párrafos anteriores, implica la dirección funcional obligatoria del Estado, para garantizar el

cuidado del medio ambiente, inclusive, ante la inexistencia de datos científicos que consoliden la certeza plena de daños ambientales, el Estado puede actuar cuando exista indicios suficientes de la existencia aparente de daño medioambiental. Es así que, a través del principio precautorio, se puede verificar que la conducta obligacional del Estado por cuidar el medio ambiente, tiene una razón subyacente, esta razón es la defensa y protección de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), en ese sentido, es que el Estado se también está obligado a garantizar el derecho a gozar de ambiente equilibrado contenido en el artículo 2 inciso 22.

Sin embargo, ya que la garantía del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado es una obligación estatal de naturaleza constitucional, finalmente, resulta ser éste principio quien le da existencia, validez y más peso al principio precautorio, por sobre la regla del artículo 149 de la Ley General del Ambiente, situación que le otorga al fiscal un argumento jurídico sólido para solicitarle al Juez de la Investigación Preparatoria, que admita la acusación prescindiendo del informe técnico, en vista de la connotación constitucional del principio precautorio y sus implicancias necesarias en el derecho penal y en derecho procesal penal.

Entonces, explicando lo mismo, pero de modo esquemático, se puede decir que, sin la base de la balanza que representa la garantía del derecho a gozar de un ambiente equilibrado, no podría estabilizarse toda la balanza, y de nada servirá tener la pesa del principio precautorio, porque sin la base los brazos no tendrían estabilidad, dicho de otro modo, no podría armarse la balanza. Precísese también que, la base de la existencia del Estado

Social y Democrático (la viga vertical) es la dignidad o conjunto de derechos fundamentales (el sostén de la viga vertical), por son estos derechos los que hacen posible este modelo de Estado.

3.2. LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Como se ha planteado en el capítulo anterior, el problema originario subyace de la aplicación de la regla establecida en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, aplicación normativa que se efectúa en el campo procesal penal, cuando se halle tramitándose un proceso penal por el delito de contaminación ambiental tipificado en el artículo 304 del Código Penal.

El problema radica en que la regla ambiental establece la necesidad y obligatoriedad de la emisión de un informe técnico para que el fiscal pueda ejercer acción penal durante la etapa intermedia, parafraseando, la regla ambiental impide que el fiscal acuse, a cualquiera, por delito de contaminación, y, aunque se cumpla con la regla ambiental, si el informe técnico refleja ausencia de daño ambiental, el fiscal tampoco puede acusar, porque el propósito del informe técnico es determinar la existencia de daño ambiental y el grado de sus afectación al ambiente.

En ese sentido, la regla ambiental limita la función del Ministerio Público, la misma que consiste en ejercer la acción penal, por tanto, aunque el fiscal cuente con abundancia probatoria para acusar (declaraciones, informes técnicos de parte, fotos, videos, pericias ambientales, inspecciones, análisis de laboratorio), según la regla ambiental, ningún medio de prueba

sustituirá el informe técnico de la autoridad ambiental, sin el cual, el fiscal no podrá pronunciarse en la etapa intermedia.

Este problema que figura ser más un asunto procesal, como se dijo antes, se proyecta no solo en el Derecho Penal o Procesal Penal, sino que, se extiende hasta el Derecho Constitucional, de manera que, siendo el Estado el ente garantista de derechos fundamentales, como el de gozar de un ambiente equilibrado, éste, debe impedir su vulneración mediante la inaplicación de la regla ambiental. Sin embargo, esto será posible siguiendo un patrón argumentativo válido y, por tanto, racional y razonable, útil para que cualquier operador del Derecho pueda aplicar. Ese patrón argumentativo, es que nos ocupa en el presente capítulo.

Habiendo desarrollado la primera parte en el primer subcapítulo de este capítulo, se debe abordar el segundo fundamento jurídico para pretender inaplicar o deshabilitar el alcance aplicativo de la regla ambiental contenida en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, esto es, el principio de supremacía constitucional. Para ello, se comenzó el presente subcapítulo, organizando nuevamente el problema a fin de identificar en qué momento este principio constitucional debe hacer su intervención.

Volviendo a los párrafos precedentes, el problema esta vez implica, la contraproducencia de provoca la norma en la obligación suprema del Estado Social y Democrático, como se habrá visto, la regla ambiental exige la obligatoriedad de un documento pericial proveniente de la autoridad ambiental, para que el fiscal pueda plantear acusación por el delito de contaminación ambiental, ahora, se dijo, qué tal si el informe técnico no es

remitido o, qué tal su el Informe es remitido pero su contenido no refleja daño ambiental, ¿Qué pasa? Simplemente, el fiscal no tiene oportunidad de acusar, aunque cuente con otros medios probatorios que acrediten daño ambiental, como: declaraciones, pericias de parte, informes técnicos de parte, análisis de laboratorio entre otros.

Pero no se debe cavilar en lo que sucedería en términos concretos, esta es una tesis dogmática, y la construcción de la ideas debe darse ese plano, por ello, pasando al plano abstracto (no de la abstracción), antes de que suceda algo en lo concreto, está sucediendo en la esfera abstracta de las propias normas jurídicas implicadas en este asunto, así, la regla ambiental del artículo 149 de la Ley General del Ambiente, resulta ser una clara amenaza, mucho antes de ser aplicada, ya que, su propia existencia y vigencia normativa, implican una constante limitación a la acción penal del Ministerio Público, ello, implica que, el Estado no puede perseguir plenamente el delito de contaminación ambiental, porque mientras la regla ambiental esté vigente, el informe técnico represente el obstáculo más grande para la acusación fiscal.

Ahora, se aprecia que el Estado a pesar de que su obligación suprema es la garantía de derechos fundamentales, ¿Cómo podrá garantizar el derecho a gozar de un ambiente equilibrado, si no puede perseguir y sancionar penalmente la conducta del sujeto que daña el medio ambiente? No podrá garantizar el derecho a gozar de un ambiente equilibrado reconocido en el artículo 2 inciso 22 de la Constitución, en tanto, no se desactive la obligación reglamentaria del artículo 149 de la Ley General del Ambiente.

A la vista se reconoce que, la vida aplicativa de la regla ambiental se opone a la garantía de inviolabilidad del derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado, así las cosas, se nos presenta una marcada contraposición entre una norma de nivel constitucional y una de nivel legal, en palabras de MacCormick (2018), el escenario no puede ser más claro, se tiene un caso particular problemático simple, que requiere una solución firme mediante la argumentación de consistencia. Este medio resolutivo, según el profesor, supone un análisis meramente comparativo, partiendo de un análisis lógico – deductivo, donde se compara la jerarquía de cada norma y se deduce cuál norma se sujeta a la otra.

En ese sentido, resulta lógico asegurar que la norma constitucional tiene mayor jerarquía que la norma legal, esto es, deducir el resultado diferencial entre ambas normas, sin embargo, ¿Qué nos asegura que la norma vencedora es la de nivel constitucional? La respuesta es, el principio de supremacía constitucional, este principio orienta el análisis lógico-deductivo o de consistencia, entre ambas normas, y sin duda alguna, la tarea resulta fácil, si se atiende a este principio.

En Perú, el principio de supremacía o prevalencia constitucional se regula en el artículo 51 de la Constitución (de manera estática o no aplicativa) y, en el artículo 138 de la misma Carta (de manera dinámica o aplicativa). Este principio puede ser entendido en esos sentidos, es decir, de manera estática o semántica, y de manera dinámica u operativa. El principio de supremacía constitucional en su acepción estática es, según el profesor Palomino Manchego (2008) citando al Tribunal Constitucional:

Una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder deviene entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

De tal manera, La Constitución es, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al 'Derecho de la Constitución', esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45) o de la colectividad en general (artículo 38) puede vulnerarla válidamente.

De ahí que, de manera normativa, se entienda que, una vez el poder constituyente se deposita en la Constitución, toda forma de poder político constituido será constituido por la Constitución, ello implica que tanto poderes públicos, como individuos, colectivos y normas en general, están totalmente sometidos a quien les instituyó poder, esto incluye al legislador y a sus normas legisladas (leyes).

Ahora, el principio de supremacía constitucional se extiende a un plano pragmático a la hora de operar las normas del sistema jurídico y aplicarlas en un caso concreto, así que, este principio debiera entenderse según el Tribunal Constitucional como: "En un ordenamiento regido por el principio de supremacía constitucional, ni la ley, ni las cuestiones de mera legalidad, pueden estar por encima de la Constitución, también lo es que ello no significa que, sobre la base de aquellos mandatos constitucionales que requieren de desarrollo normativo, la Administración pública pueda actuar sin la existencia de un marco legal o reglamentario".

Así también, el profesor Carrasco García (2018) establece que el principio de supremacía constitucional es:

El principio de Supremacía Constitucional, es un dogma central y de mayor aceptación del moderno Estado Constitucional de Derecho. Su afianzamiento como postulado y eje central del ordenamiento constitucional ha tenido raíces jurisprudenciales y doctrinarias. Este principio tiene carácter jerárquico, en cuanto presupone, que es la Constitución escrita la norma primera del Estado y por tanto toda ley por su carácter infraconstitucional se somete y debe respetar la Constitución en fondo y forma. Por ello, estando a su carácter de ley superior y fundamental que fija las bases de organización y funcionamiento del Estado, debe también establecer los parámetros legales restrictivos del poder (autolimitación), y disponer, en consecuencia, los mecanismos (garantías constitucionales, hoy procesos constitucionales) destinados a garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales de la persona.

Ahora, habiendo visto el alcance del principio de supremacía constitucional, se debe regresar a la comparación normativa necesaria (por el principio precautorio), entre el artículo 2 inciso 22 de la Constitución y, el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, para determinar de una vez, que el derecho fundamental resulta tener mayor jerarquía y, por tanto, su garantía estaría por sobre cualquier disposición normativa.

De ahí que el principio de supremacía constitucional, autorice la plena vigencia y garantía del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, mediante la desactivación de la obligatoriedad del informe técnico como condición de procedencia de la acción penal en el delito de contaminación ambiental, teniendo como fundamento o asidero garantista el principio precautorio que viene siendo la facultad estatal para actuar ante la eventualidad de un daño ambiental provocado por el hombre, sin la necesidad de certeza científica.

La misma dirección tiene la propuesta del profesor Ferrajoli (2010), cuando señala que, toda disonancia o contraposición normativa, se encuentra en la propia constitución, en ese sentido, el jurista tiene toda la razón, pues, el principio de supremacía constitucional regulado por nuestra Constitución, es quien soluciona el problema suscitado entre las normas de nivel constitucional y ambiental, respectivamente.

Así también, señalan Bechara Llanos (2011), Alexy (2007) o Aguiló Regla (2008), cuando surge una colisión entre un principio (derecho fundamental) y una regla, el principio prevalece sobre la regla por su grado de optimización, es decir, por su estructura normativa el principio contiene mayor contenido moral con el que se puede argumentar mejores soluciones al problema normativo, de las que proporcionarían las reglas que contienen una regulación cerrada libres de optimización. En el presente caso, por ejemplo, el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado, orienta la conducta de la regla ambiental que exige la existencia de un informe técnico para que el fiscal pueda acusar por el delito de contaminación ambiental, desactivándola en función de la garantía del principio, que otorga el cumplimiento del fin del Estado Constitucional de Derecho, que es la defensa de la persona y respeto de sus derechos fundamentales.

En palabras de Bäcker (2014), las reglas ceden ante los principios, por su naturaleza derrotable, de ahí la característica atribuida a las reglas: derrotabilidad. Esta característica solo le es atribuible a las reglas, por cuanto estas admiten excepciones en su aplicación, es decir, a veces,

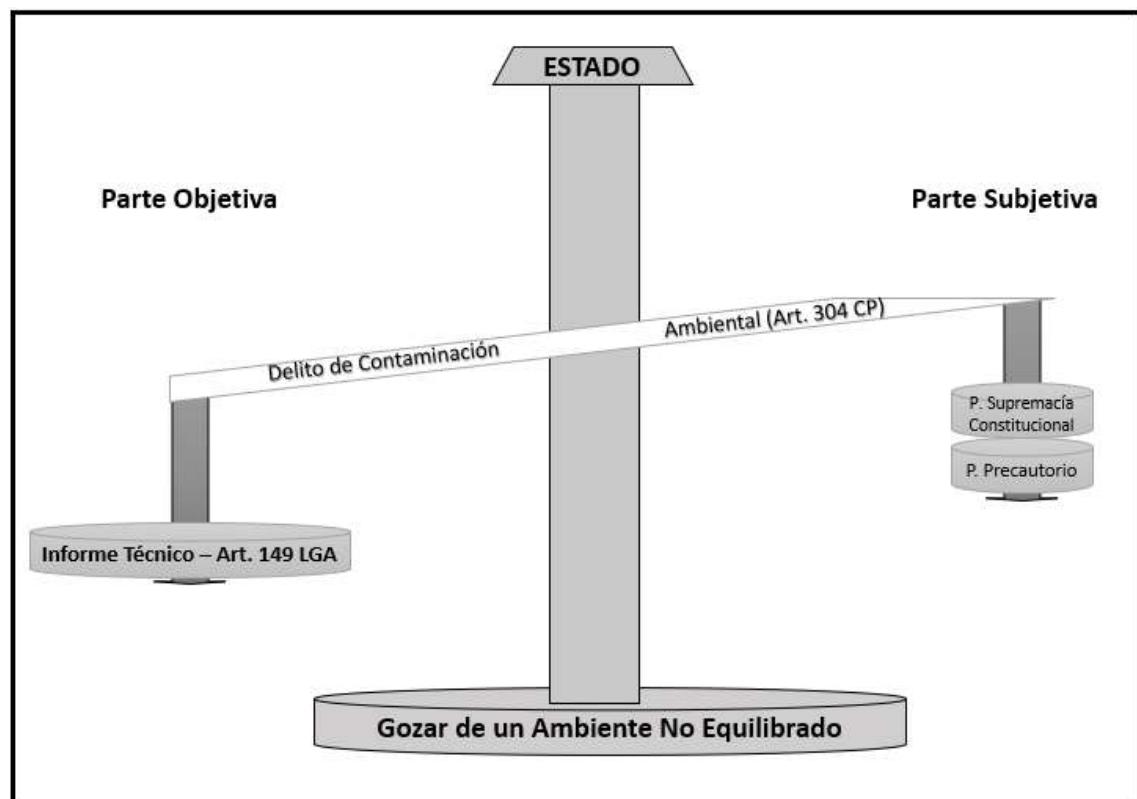
pueden ser inaplicadas por las normas que no admiten excepciones o que no son derrotables, se refiere a los principios. En ese sentido, en el presente caso, el artículo 149 de la Ley General del Ambiente representa la regla frente al principio de gozar de un ambiente equilibrado, por tanto, el principio que no admite excepciones, inaplica a la regla ambiental, y, como respuesta de tal inaplicación surge la brillantez y eficiencia del principio precautorio. Esta perspectiva, obedece al principio de supremacía constitucional, es más, se sustenta en él, ya que los principios no son derrotables por ser derechos fundamentales y por encontrarse en la Constitución.

Bueno, ya basta de doctrina adecuada al fundamento jurídico objeto de argumentación para resolver al fenómeno problemático, ahora, se debe dar lugar a la explicación esquemática del funcionamiento u operatividad del principio de supremacía constitucional como fundamento jurídico suficiente para inaplicar la regla ambiental regulada en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, en función del alcance del principio precautorio.

Recordemos la alegoría de la balanza, pues, justamente, el principio de supremacía constitucional, resulta ser la siguiente pesa que se debe colocar en el brazo derecho de la balanza, para contrapesar el peso frente a la pesa grande de la regla ambiental, de eso modo, la base que representa el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado (que además es el sostén del Estado Social y Democrático que representa la viga vertical que sostiene al brazo horizontal) permanecerá mucho más

estable que con una sola pesa del principio precautorio. A continuación, la explicación esquemática:

Figura 2. Segundo fundamento jurídico



Elaboración propia.

En ese sentido, se puede asegurar que cualquier operador jurídico (cualquier fiscal), tiene el segundo argumento jurídico sólido para requerirle al juez de la investigación preparatoria, admita la acusación por delito de contaminación ambiental, prescindiendo del informe técnico, por cuanto, el principio de supremacía constitucional, ha orientado la inaplicación de tal regla ambiental, en virtud del principio precautorio que autoriza al funcionario estatal a actuar frente a eventuales daños ambientales para investigar y solicitar la imposición de una sanción a los responsables, con

el fin de garantizar el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado.

3.3. LA PREVENCIÓN DE LA LIMITACIÓN INJUSTIFICADA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Para el desarrollo de este último subcapítulo, es conveniente repasar el problema originario planteado en los subcapítulos precedentes, este consiste en la contraproducencia que provoca la regla ambiental en la obligación suprema del Estado Social y Democrático, como se habrá visto, la regla ambiental exige la obligatoriedad de un documento pericial proveniente de la autoridad ambiental, para que el fiscal pueda plantear acusación por el delito de contaminación ambiental, ahora, se dijo, qué tal si el informe técnico no es remitido o, no es remitido en plazo adecuado o, qué tal si el informe técnico es remitido, pero su contenido no refleja daño ambiental ¿Qué pasa? Simplemente, el fiscal no tiene oportunidad de acusar, aunque cuente con otros medios probatorios que acrediten do daño ambiental, como: declaraciones, pericias de parte, informes técnicos de parte, análisis de laboratorio, fotos, videos, entre otros.

Lo que se señaló también, precedentemente, es que el asunto o fenómeno problemático debe pensarse en un plano abstracto, porque lo que suceda en esta esfera repercutirá en la esfera pragmática, esta es una tesis dogmática, y la construcción de la ideas debe darse ese plano, por ello, pasando al plano abstracto (no de la abstracción), antes de que suceda algo en lo concreto, está sucediendo en la esfera abstracta de las propias normas jurídicas implicadas en este asunto, así, la regla ambiental del

artículo 149 de la Ley General del Ambiente, resulta ser una clara amenaza, mucho antes de ser aplicada, ya que, su propia existencia y vigencia normativa, implican una constante limitación a la acción penal del Ministerio Público, ello, implica que, el Estado no puede perseguir plenamente el delito de contaminación ambiental, porque mientras la regla ambiental esté vigente, el informe técnico represente el obstáculo más grande para la acusación fiscal.

Ahora, la limitación a la acción penal no se debe tomar a la ligera, por ello, es necesario analizar la naturaleza de esta institución jurídica, puesto que sus repercusiones, se debe asegurar, afectan inclusive a otros derechos o principios fundamentales. En ese sentido, se debe analizar el propósito del ejercicio de la acción, y su relación jurisdicción o tutela jurisdiccional, para entender el rol de la acción en la persecución de uno de los fines del Estado Social y Democrático y del Derecho: la Justicia.

Se debe recordar las acepciones sobre jurisdicción, la jurisdicción como un poder, es una facultad que solo está reservada al Estado, es un poder por la exclusividad que tiene el Estado en la solución de conflictos. La jurisdicción, por tanto, es un poder que le compete al Estado, solo él tiene el poder de ejercitar esta función, no hay institución o autoridad particular que ejerza esta delicada labor. La Jurisdicción también es un deber por el Estado bajo ninguna circunstancia debe renunciar a la facultad de resolver conflictos de intereses, pues es un deber para él resolver los conflictos que se pongan a su consideración, otorgando tutela de jurisdicción ante el pedido de un particular. Ante este pedido del particular, el Estado no puede

eximirse de ejercer como deber la función jurisdiccional, salvo que existan causas debidamente justificadas, por ejemplo, causales de improcedencia. (Hurtado Reyes, 2009)

En ese sentido se puede decir que función jurisdiccional está reservada para el Estado quien con el deber-poder interviene en una controversia, conflicto de intereses o incertidumbre jurídica para reestablecer el orden jurídico alterado aplicando el derecho al caso concreto.

Ahora, ya que se ha analizado el derecho a la tutela jurisdiccional, ha de analizarse también al derecho de acción para luego determinar su relación, esta determinación dará como resultado el grado de importancia e intangibilidad de la acción penal.

Así según Hurtado Reyes (2009) citando al profesor Monroy, la acción es justamente un derecho, pero no cualquier derecho, es un derecho fundamental, un derecho constitucional, es un derecho natural y humano. es impensable concebir la idea de que un sujeto de derecho se mueva en un grupo humano organizado y recogido por el ordenamiento jurídico no tenga este tan importante y transcendental derecho.

En ese sentido, se podría decir que, el derecho de acción, inherente a todo sujeto de derecho, que se exige al Estado el otorgamiento de una tutela jurisdiccional (basado en el pode-deber de jurisdicción) para solucionar un conflicto de intereses intersubjetivo, medio de promover la solución pacífica del conflicto.

Como derecho constitucional, se podría decir que la acción, es un derecho fundamental, derecho subjetivo público distinto al derecho subjetivo privado, regulado por la ley procesal y reconocido por la Carta Magna. Es un derecho de orden procesal con fines de petición, pero a la vez un derecho subjetivo que busca tutela jurídica del Estado, buscando administración de justicia.

Monroy Gálvez (2008) señala que, el derecho de acción es aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto, en cuanto a expresión esencial de éste, que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto.

Ahora, veamos la relación que existe entre la acción y la tutela jurisdiccional, en ese sentido, Hurtado Reyes (2009) citando a Podetti, ya nos hablaba de la trilogía estructural en la cual involucrada a la jurisdicción, acción y proceso, poniendo en evidencia su estrecha relación, la que además permitió que el derecho procesal sea considerado como ciencia jurídica. La jurisdicción es uno de los pilares donde asienta el derecho procesal, junto con la acción y el proceso. Significa decir el derecho (*jurisdictio*), de manera que para cumplir esta función es necesario señalar a quienes lo pueden hacer. Es una forma política de organizar el Estado, permitiendo que los jueces tengan la misión de administrar justicia y actuar en los conflictos entre personas. De algún modo, es una consecuencia de la prohibición de resolver controversias por mano propia (Ley del Talión), de forma que el Estado, a través de los jueces, ejercer un poder especial que se denomina jurisdicción. Esta es una atribución única e intransferible.

Pero al mismo tiempo, el Estado se obliga a organizar la labor encomendada, asumiendo entonces un deber para con las personas. Esta función jurisdiccional se ejerce por un tercero imparcial (juez) como repulsa a la justicia por mano propia, debiendo el juez estar cualificado para juzgar a través de las atribuciones que contiene el poder jurisdiccional. De esta manera, las decisiones jurisdiccionales son definitivas con autoridad de cosa juzgada, esto es con imposibilidad de revisarse lo actuado, sal excepciones absolutamente justificadas. (p. 25)

Ahora veamos un poco, la variación jurídica procesal de la acción, esta vez en el derecho penal, llamada también acción penal. El maestro penalista Salas Beteta (2011), explica que el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política establece un derecho autónomo en el que se integran diversas manifestaciones y que engloban: el derecho para acceder al proceso judicial (derecho de acción), el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, el derecho a los recursos legalmente previstos y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

El maestro Salas Beteta desarrolla a la acción penal de la siguiente forma:

La acción penal es pública, por cuanto es el Estado quien administra justicia mediante el proceso penal. Esta labor de administrar justicia (tutela jurisdiccional), abarca desde la persecución del delito hasta la ejecución de la sanción penal y la ejerce a través de dos órganos independientes y autónomos: Ministerio Público (investigación y acusación) y Poder Judicial (juuzgamiento). Por eso es que la acción penal es una obra enteramente estatal. La acción penal es de carácter público porque está dirigida al Estado, en vista que es atribución de este restablecer la paz social perturbada por la comisión de un delito. El Ministerio Público dirige la acción penal (acusación) al juez para que dé lugar al juicio oral. Entonces, la acción penal provoca el ejercicio de la jurisdicción. La acción penal tiene la característica de obligatoriedad, es decir, el Ministerio Público está obligado a ejercitarse la acción penal pública cuando tome

conocimiento de un hecho con características de delito e identifique a su autor. No obstante, la obligatoriedad encuentra su excepción en la discrecionalidad, ya que el titular de la acción penal (Ministerio Público) está facultado para abstenerse de ejercitar la acción penal pública en los casos previstos por la ley.

Como hemos visto el concepto de acción penal, es la misma que la acción en general, la que explica por ejemplo Monroy Gálvez, así, la acción penal es un poder jurídico que permite reclamar la prestación de la función jurisdiccional y un derecho subjetivo procesal (autónomo e instrumental) para solicitar la puesta en movimiento de la actividad judicial y obtener un pronunciamiento (sentencia). Entonces, tenemos que la acción penal es la manifestación del poder concedido a un órgano oficial (Ministerio Público) o titular particular (acción privada) a fin de que lo ejerza, tras haber desarrollado una debida investigación, a fin de solicitar una declaración judicial respecto a la responsabilidad del acusado.

Ahora, hablando de una garantía específica del proceso penal que asegura el ejercicio de la acción penal, es según el profesor penalista: la garantía de la investigación oficial, esta garantía consiste en que la persecución penal es promovida por un órgano del Estado, es decir, no queda librada a la discreción del lesionado o incluso al compromiso, existente o no, de cualquier ciudadano. Dicha garantía importa que las investigaciones se llevan en forma debida y correcta, con la necesaria firmeza, pero al mismo tiempo con la mayor moderación posible.

En tanto, la persecución del delito es función del Estado, la Constitución confiere ese deber al Ministerio Público, titular de la acción penal pública y director de la investigación. La Constitución, el Código Procesal Penal de 1991 y el Código Procesal Penal del 2004, enfatizan que el Ministerio

Público es el conductor o director y artífice de la investigación. El fiscal debe acordar todas las diligencias que considere convenientes o útiles para la comprobación del delito e identificación de los culpables, guiándose por los principios de legalidad e imparcialidad. La obtención de la verdad no es propiamente la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, una verdad forense, y es a esta a la que se dirige la comprensión en el proceso penal. La averiguación de la verdad no puede hacerse a cualquier precio.

En suma, se ha determinado que la acción penal es una variación del derecho fundamental a la acción, expropiada o nacionalizada por los modelos de Estados Sociales y Democráticos como Perú, para garantizar la sanción de actos lesivos contra bienes jurídicos del individuo, de la nación, del gobierno o en contra del propio Estado (derechos fundamentales o principios de diferente índole). Se entiende que el derecho a la acción penal, deja de ser un derecho fundamental directo, para convertirse en una atribución pública, por lo cual, es un órgano público quien la ejercerá en nombre de quien en realidad debe hacerlo: el individuo, la nación, el gobierno o el Estado.

Siendo así, toca determinar cómo la limitación a la acción penal, afecta una potestad pública fundamental en todo Estado Social y Democrático, es decir, cómo el debilitamiento de la acción penal implica también el debilitamiento de la potestad penal o sancionadora del Estado. Para ello, se debe entender qué implica la facultad sancionadora, en ese sentido, Villavicencio Terreros (2017), establece que:

El derecho penal subjetivo o ius puniendi, es la facultad del Estado de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores. Se trata de una decisión político-criminal que se plasma en una norma penal que declara punible un hecho y perseguible a su autor. De esta manera, el estado ejerce su poder exclusivo de ejercer la violencia legítima a través de la aplicación de penas y medidas de seguridad. (p. 24)

Así se puede decir que, el ius puniendi o potestad sancionadora del Estado, es la manifestación de la tutela jurisdiccional, pero en materia penal, ya que esta facultad permite imponer medidas correctivas o sanciones a aquellos que contravienen el orden jurídico establecido por Estado, de modo que, esta tutela comienza con el ejercicio de la acción, ¿Qué variación de la acción? La acción penal. Entonces, es claro que, si la acción penal no se ejerce adecuadamente por el órgano encargado de hacerlo, el Estado no podrá tutelar los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. En suma, el ius puniendi será efectivamente eficaz, siempre el ejercicio de la acción penal no se vea limitado injustificadamente.

Con ello, se debe regresar al planteamiento problemático inicial, para explicar la grave repercusión normativa y política que causa la regla ambiental del artículo 149 de la Ley General del Ambiente al limitar al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal.

Siendo que, la regla ambiental establece la obligatoria necesidad de la emisión de informe técnico por parte de la autoridad ambiental ante la presunta comisión del delito de contaminación ambiental, sin el cual, el Ministerio Público no podrá pronunciarse en la etapa intermedia del proceso penal. Se decía anteriormente, qué tal si el fiscal se ha rodeado de medios probatorios suficientes que acrediten el daño medioambiental, pero el informe técnico remitido por la autoridad ambiental refleja la inexistencia de

daño ambiental, ¿Podría acusar? No, no podría hacerlo, porque el contenido del informe técnico debe reflejar el daño, de no hacerlo, con qué base normativa el fiscal podría elaborar su acusación, sin duda, aunque el fiscal lo hiciera, el proceso terminaría sobreseído. El fiscal podría encontrarse ante diversos escenarios, se a que no reciba el Informe en el plazo legal del proceso (sea que el contenido del informe no sea favorable a la acusación, o sea que no se elabore informe técnico), pero siempre la acusación estará condicionada al informe técnico.

En ese sentido, se despeja el problema que genera la regla ambiental, el debilitamiento o limitación injustificado de la acción penal, esta limitación injustificada atañe negativamente a la potestad sancionadora del Estado, porque le impide sancionar los actos que han contravenido el orden normativo causando perjuicio a los bienes jurídicos tutelados; este estadio de vulneración ya que afecta al ius puniendi, alcanza también a la tutela jurisdiccional como principio y derecho fundamental que le permite al Estado perseguir el fin llamado justicia. Por ello, se afirma que la regla ambiental, no solo debilita a la acción penal, sino que, al hacerlo, alcanza a otros principios fundamentales.

En tal virtud, la limitación de la acción penal, impide que el Estado pueda sancionar las vulneraciones al bien jurídico protegido en el delito de contaminación ambiental: el medio ambiente; y, ya que el Estado no puede protegerlo penalmente, no puede garantizarlo constitucional ni ambientalmente, por ello, en razón de este déficit tuitivo provocado por la regla ambiental en cuestión, se debe dar paso a la observancia necesaria

del principio precautorio, por el que, el Estado no debe limitar su actuación ante la falta de certeza científica en la eventualidad de un daño medioambiental, solo así, mediante el principio precautorio, el Estado podría garantizar: i) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado, ii) el respeto al principio de supremacía constitucional y, iii) la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

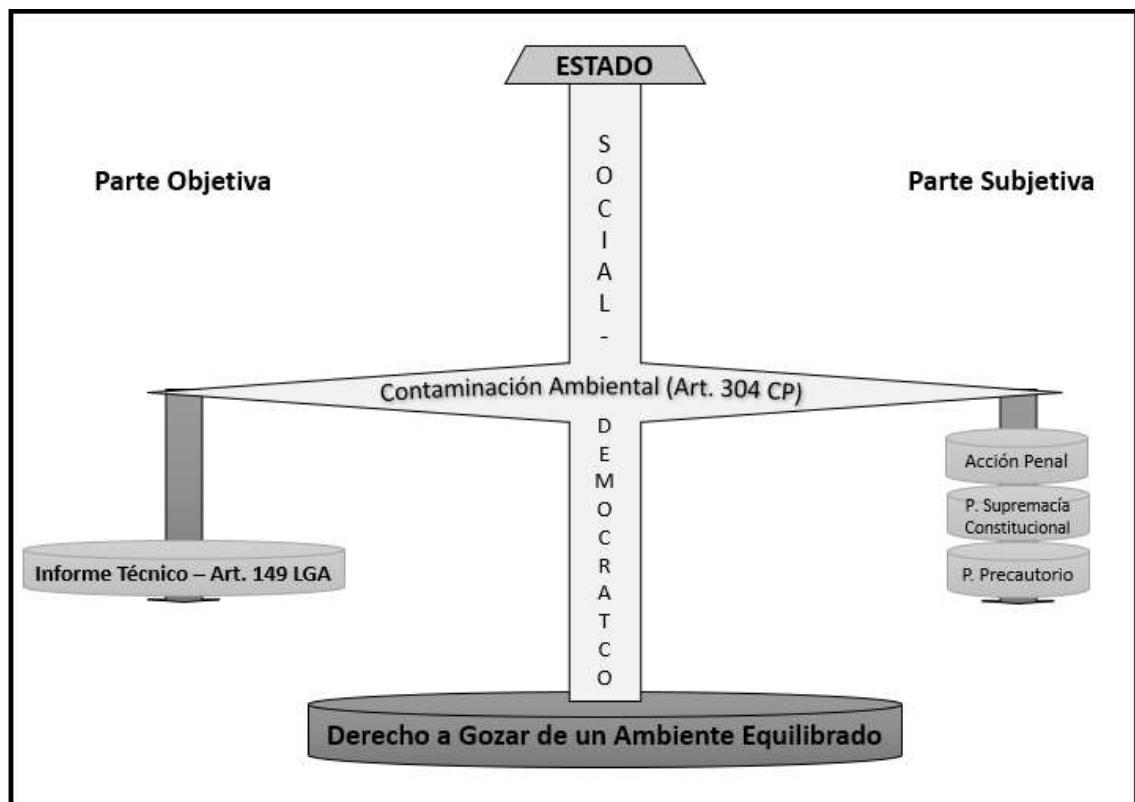
Antes de cerrar el presente subcapítulo, se debe precisar la existencia de una arista problemática, adicional a la esgrima durante el presente desarrollo argumentativo, que surgiría del análisis del inminente debilitamiento de la acción penal del Estado ejercida a través del Ministerio Público, esta problemática se circunscribiría dentro de la modificación del Reglamento del artículo 149 inciso 1 de la Ley General de Ambiente (aprobado por Decreto Supremo N° 009-2013-MINAM), efectuada mediante Decreto Supremo N° 007-2017-MINAM, la misma que establece: “El informe técnico no constituye requisito de procedibilidad de la acción penal”. Esta situación jurídica preocupa, ya que, la obligatoriedad del informe, proviene de la norma matriz, es decir, del artículo 149 de la Ley General del Ambiente, y, por el contrario, la no obligatoriedad del informe técnico, proviene de una norma reglamentaria o infra legal, en tal sentido, si se trataría de interpretar las normas en sentido estrictamente abstracto, aplicable también en una esfera concreta, la norma que prevalecería, según el principio de jerarquía normativa, regulada en el artículo 51 y 138 de la Constitución, sería la Ley General del Ambiente y no el Reglamento de su artículo 149; en conclusión, el problema se habría resuelto de manera aparente, pues, normativamente, la obligatoriedad seguiría vigente.

Véase, por ejemplo, en el campo extra penal, la sentencia del Expediente N° 00604-2018-PA/TC, donde el principio precautorio no prevalece sobre el informe técnico emitido por la entidad correspondiente, viabilizando un proyecto que, según los demandantes, seguramente, generaría en su ejecución, un grave e inminente daño medioambiental. De ahí que, se puede evidenciar, que la observancia del informe técnico, no solo es importante dentro de la comisión de delitos ambientales, sino en el análisis constitucional de vulneración en potencia de derechos fundamentales.

Véase, también, un caso trascendido a la esfera constitucional, pero derivado del fuero penal, alojado en la sentencia emitida en el año 2021, del Expediente N° 03731-2017-PA/TC; donde a lo largo del desarrollo de la parte considerativa, no se discute ni en vía penal ni constitucional, la no obligatoriedad del Informe Técnico prescrito en el Decreto Supremo 007-2017-MINAM, de ahí que podemos asegurar que, dicha modificatoria podría ser o no ser conocida por el operador jurídico, y que, siendo conocida, podría ser rechazada por el criterio de jerarquía en la interpretación normativa del ordenamiento jurídico. De modo que, quedaría zanjada la idea de que, el informe técnico mantendría su vigencia obligatoria, y por lo tanto, sería válido su desplazamiento por el principio precautorio, por los argumentos planteados en la presente tesis.

Ahora, para cerrar el presente subcapítulo es necesario explicar la esquematización del funcionamiento u operatividad de la acción penal, como último fundamento jurídico razonable y racional para desplazar la regla ambiental del artículo 149 de la Ley General del Ambiente por el

principio precautorio. En ese sentido, se puede decir que, en el esquema de la balanza, la acción penal representa la última pesa a colocarse en el brazo derecho, con el fin de completar la equiparación de pesas que implica mayor estabilidad de la base que es la garantía del derecho a gozar un ambiente equilibrado, garantía que solo será posible en un modelo de Estado Social y Democrático (viga vertical) que tenga como base la garantía del ejercicio pleno de los derechos fundamentales; así, la investigación y la persecución del delito de contaminación ambiental, se encontrará equilibrado, abandonando la aplicación de la regla ambiental para seguir al principio precautorio, con el fin de sancionar los daños ambientales y cumplir con el fin de la pena, prevenir eventos similares en el futuro.

Figura 3. Tercer fundamento jurídico

Elaboración Propia

CAPÍTULO IV

PROPUESTA

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 149 DE LA LEY N.º 28611 - GENERAL DEL AMBIENTE

Exposición de motivos

El sector ambiente, en cumplimiento del deber estatal de promover las políticas públicas a su cargo, impulsa la gestión ambiental para alcanzar la consolidación de los derechos fundamentales en materia ambiental, a fin de lograr la mayor integración política y social, para su garantía y pleno ejercicio. Así, para la garantía del derecho a gozar de un ambiente equilibrado, deben concluir todos los esfuerzos provenientes de las diferentes instituciones públicas, pues, el cuidado medioambiental es de vocación e interés público.

En ese sentido, Perú, siendo un Estado social y democrático de derecho, debe asegurar que el pueblo peruano pueda satisfacer sus necesidades, a través de la preservación de los recursos naturales, cuyos elementos naturales la hacen posible. Por tanto, siendo los recursos naturales elementos esenciales para la vida humana, el Estado debe evitar que éstos sean afectados, y cuando lo sean, deben procurar que la reparación del daño, sea capaz de retrotraer las cosas al estado anterior a la alteración del recurso natural afectado. En este estadio, por un lado, el rol del Ministerio del Ambiente es fundamental para prevención; sin embargo, para perseguir una afectación que merece una sanción penal, el Ministerio Público asume un rol protagónico en la lucha contra la contaminación ambiental.

Para reforzar la actuación investigativa, procesal y acusatoria del Ministerio Público, es de indefectible importancia, que el inciso 1 del artículo 149 de la Ley n.º 28611 – Ley General del Ambiente, deba ser complementado por un texto normativo, que allane las barreras burocráticas y procedimentales, eliminando la obligatoriedad del Informe Técnico emitido por la autoridad ambiental, como requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público pueda interponer el requerimiento acusatorio en la etapa intermedia del proceso penal.

Con la presente normal, el Estado asume su firme compromiso en la lucha contra de la impunidad y, asegura una justicia ambiental segura y consolidada, buscando detentar y contar con la confianza y la participación activa de la ciudadanía para promover una gestión ambiental transversal a las diferentes esferas o estamentos públicos y privados. Asimismo, asegura el camino idóneo para la inversión pública y privada, nacional e internacional, que supone, seguramente, mayor crecimiento económico para el país.

Por tanto, agréguese el siguiente texto normativo al inciso 1 del artículo 149 de la Ley n.º 28611 – Ley General del Ambiente.

Artículo Único. Agréguese al inciso 1 del artículo 149 de la Ley General del Ambiente, el párrafo siguiente:

El informe fundamentado no constituye un requisito de procedibilidad de la acción penal. El Fiscal puede formular su requerimiento Fiscal, prescindiendo de este, con las pruebas de cargo y descargo recabadas durante la investigación preparatoria. Sin perjuicio de ello, es obligatoria para la autoridad responsable de su elaboración la emisión del mismo, bajo responsabilidad.

Teniendo como texto actual:

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 merituado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.

Debiendo quedar el siguiente texto normativo:

TEXTO MODIFICADO

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 merituado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.

El informe fundamentado no constituye un requisito de procedibilidad de la acción penal. El Fiscal puede formular su requerimiento Fiscal, prescindiendo de este, con las pruebas de cargo y descargo recabadas durante la investigación preparatoria. Sin perjuicio de ello, es obligatoria para la autoridad responsable de su elaboración la emisión del mismo, bajo responsabilidad.

CONCLUSIONES

1. La garantía de derechos fundamentales de la persona humana es el fin más importante del Estado social y democrático, por tanto, el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado es una razón suficiente para desactivar o inaplicar la obligatoria necesidad de un informe técnico como requisito de procedibilidad de la acción penal en el delito de contaminación ambiental, en virtud del reconocimiento y observancia del principio precautorio como garantía de la protección de la persona a través del cuidado del medio ambiente. (primer objetivo)
2. El artículo 149 de la Ley General del Ambiente que regula la obligatoriedad de un informe técnico como requisito de procedibilidad de la acción penal en el delito de contaminación ambiental, se contrapone al principio precautorio regulado en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, este principio impulsa al Estado a intervenir libremente, ante un eventual daño ambiental para sancionar penalmente a los responsables, lo que implica que, la regla también se contrapone al artículo 2 inciso 22 de la Constitución que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado, por tanto, en respeto el principio de supremacía constitucional se debe preferir a la norma constitucional. (segundo objetivo específico)
3. La configuración del delito de contaminación ambiental está supeditada a elementos probatorios provenientes de agentes externos al proceso como pericias ambientales de terceros o como el informe técnico proveniente de la autoridad ambiental, por ello, se puede afirmar que, aunque el informe técnico no fuera obligatorio o contuviera conclusiones desfavorables para la continuidad del proceso, el fiscal para dar impulso a la acusación, podría, al

amparo del principio precautorio, valerse de sustento ecológico proveniente de otras organizaciones, instituciones públicas o privadas, y/o personas naturales expertas en la materia, para garantizar la justicia ambiental. (tercer)

4. La regla ambiental impide que el fiscal que en ejercicio de la acción penal estuviese a cargo de la investigación por delito de contaminación ambiental, se pronuncie en la etapa intermedia del proceso penal, cuando falte el informe técnico del presunto daño ambiental, esta limitación es repelida por el principio precautorio que, por el contrario, impulsa la libre actuación estatal ante un eventual daño ambiental, inclusive, cuando no haya certeza científica del daño. (cuarto objetivo específico)

RECOMENDACIONES

1. Al presidente de la República, para que en el ejercicio de sus atribuciones reguladas en el artículo 118 de la Constitución, como el de dirigir la política nacional, elabore y presente ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley que modifique el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, en virtud de los fundamentos jurídicos planteados en la presente tesis.
2. Al Congreso de la República, para que en el ejercicio de sus atribuciones reguladas en los artículos 101 y 102 de la Constitución, elabore, dictamine, debata y, apruebe inmediato el Proyecto de Ley que el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, en virtud de los fundamentos jurídicos planteados en la presente tesis.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aba Catoira, A. (1998). El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. N° 2, 18.
- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y Postpositivismo. Dos Paradigmas Jurídicos en pocas palabras. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho ISSN: 0214-8676, 665 - 675.
- Alexy. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón jurídica. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, número 05. ISSN: 0214-8876, 139-151.
- Alexy, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza , M., & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, N° 10, 112
- Ávila, H. (2011). La Teoría de los Principios. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SAC.
- Bacigalupo, E. (1999). Derecho Penal. Parte General.
- Bäcker, C. (2014). Reglas, Principios y Derrotabilidad. Cuadernos de Filosofía del Derecho. DOXA. 37. ISSN 0214-8676, 31 - 44.
- Barker, R. (2005). La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

- Balkin, J. (2011). Living Originalism.
- Barberis, M. (2015). Introducción al Estudio del Derecho. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Barrero Cáceres, J. (2008). La contaminación ambiental como delito de resultado.
- Barreto Melgarejo, P. (2006). El Principio de oportunidad en el Perú. Lima.
- Batisse, M. (1990). Nuestra casa azul. Paris: El Correo de la UNESCO.
- Bechara Llanos, A. (2011). Estado Constitucional de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales en Robert Alexy. SABER, CIENCIA Y Libertad ISSN: 1794-7154, 63 - 76.
- Bernal Pulido, C. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bertalanffy, V. (1976). Teoría General de los Sistemas, Fundamentos, Desarrollo, Aplicaciones. México: FCE.
- Boix Reig, J. (1996). Comentarios al Código Penal, vol. III.
- Bobbio, N. (2009). Teoría General de la Política. Madrid: Trotta.
- Brañes, R. (1987). Derecho Ambiental Mexicano. México: Universo Veintiuno.
- Cafferata Nores, J. (1997). Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires: El Puerto.
- Caillaux Zazzali, J. (1988). Reflexiones a propósito del Derecho Ambiental. Themis. Revista de Derecho. 2da. Época. Nro 12, 28-32.
- Caldas Vera, J. (2003). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

- Cano, G. (1978). Derecho Política y Administración Ambiental. Buenos Aires: De Palma.
- Carmona Salgado, C. (2011). Delitos contra los Recursos Naturales.
- Caro Coria, C. (1999). Derecho penal del ambiente.
- Carrasco García, L. (2018). Derecho Constitucional General. Lima: FFECAAT .
- Castillo Córdova, L. (2002). Acerca de la Garantía del Contenido Esencial y de la Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales. Piura: Repositorio PIRHUA.
- Castillo Córdova, L. (2005). Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general. Lima: Palestra.
- Castillo Córdova, L. (2007). Los derechos constitucionales: Elementos para una teoría general. Lima: Palestra Editores S.A.C. ISBN: 978-9972-224-53-9.
- Chang Méndez, E. (1996). El principio precautorio y su aplicación a los ensayos nucleares subterráneos franceses en el Pacífico Sur. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Christensen, M. (2001). El principio precautorio y los OGM: Una perspectiva Australiano Asiática. Boletín de la UICN.
- Clérigo, L. (2009). El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, 24.
- Cohen-Eliya , M., & Porat, I. (2011). Proportionality and the Culture of Justification. The American Journal of Comparative Law, Volume 59, 466.

- Dextre Palacios, D. (2010). El Principio de oportunidad. Lima: Grijley.
- Díaz Revorio, J. (1997). Valores Superiores e interpretación constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Diez de Diego, L. (1997). La Conformidad del Acusado. Valencia.
- Duce J. Mauricio y Riego Christian . (2002). Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal. Santiago.
- Dworkin, R. (1999). Los derechos en serio. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel. 4ta Reimp.
- Dyzenhaus, D. (2012). Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. Londres: Cambridge University Press.
- Esquivel Vera, G. (1998). Negociando Nuestro Futuro Común, el derecho Internacional y el Medio Ambiente en el Umbral del Nuevo Milenio. Lima: IDEA PUCP / Fondo de Cultura Económica.
- Eto Cruz, G. (2011). Teoría de la Constitución y Teoría de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. TC Gaceta Constitucional - ISBN: 978-612-4113-23-9, 11-169.
- Expediente , N° 9340-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 2006).
- Expediente N° 9340-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 2006).
- Ferrajoli, L. (2014). Un debate sobre principios constitucionales. Lima: Palestra Editores.
- Figallo Adrianzén, G. (1988). Derecho Ambiental en la Constitución Peruano. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Francescon, S. (2001). El Principio Precautorio en la Unión Europea. Boletín de la UICN Programa de Derecho Ambiental.
- Franciskovic Ingunza, M. C. (2014). Manual auto instructivo Derechos Ambientales. Lima: Academia de la Magistratura.
- Garcia Figueroa, A. (1998). Principios y positivismo jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gavara De Cara, J. (1994). Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. España: Centro de Estudios Constitucionales.
- González Beifuss, M. (2003). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Thomson Aranzadi, 72.
- González Ojeda, M. (2003). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. Derecho&Sociedad, 144 - 159.
- González Peña, Ó. (1999). Conciliación extrajudicial. Lima: APECC.
- González Pérez, J. (1986). La dignidad de la persona. Madrid: Civitas.
- Habermas, J. (1998). Facticidad y validez. Madrid: Trotta.
- Hoffmann-Rief, W. (2004). Two Hundred Years of Marbury v. Madison: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and Europe. German Law Journal. Volumen 5, N° 6.
- Hurtado Reyes, M. (2009). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. ISBN: 978-612-4037-03-0. Lima: IDEMSA SA.
- Jellinek, G. (1981). Teoría General del Estado. Buenos Aires: Albatros.

Juan Rodrigo Walsh, María Eugenia Di Paola y otros . (2000). Ambiente, Derecho y Sustentabilidad. Buenos Aires.

Kirchof, P. (1991). Jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. En La garantía constitucional de los derechos fundamentales (pág. 251). Madrid: Civitas S.A.

Landa Arroyo, C. (2006). Constitución y fuentes del derecho. Lima: Palestra Editores.

Landa Arroyo, C. (2013). La Constitucionalización del Derecho Peruano. Derecho PUCP , 13-36.

Leme Machado, P. (1982). Derecho Ambiental Brasileiro. Revista dos Tribunais, 88.

Lopera Mesa, G. (2006). Principio de proporcionalidad y ley penal. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MacCormick, N. (2018). Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho. ISBN 9786123250430. Lima : Palestra Editores.

Martin Mateo, R. (1977). Derecho Ambiental. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

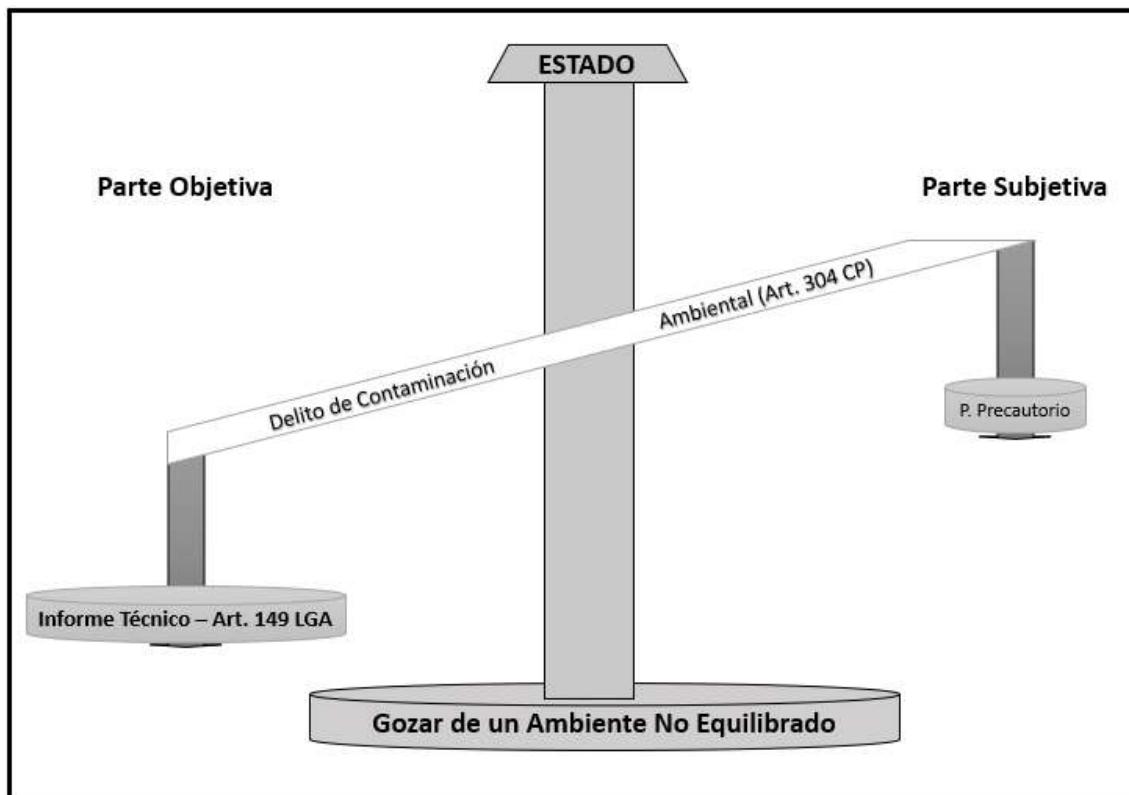
Minería y Medio Ambiente. (1992). Lima: Sociedad Peruana de Derecho ambiental.

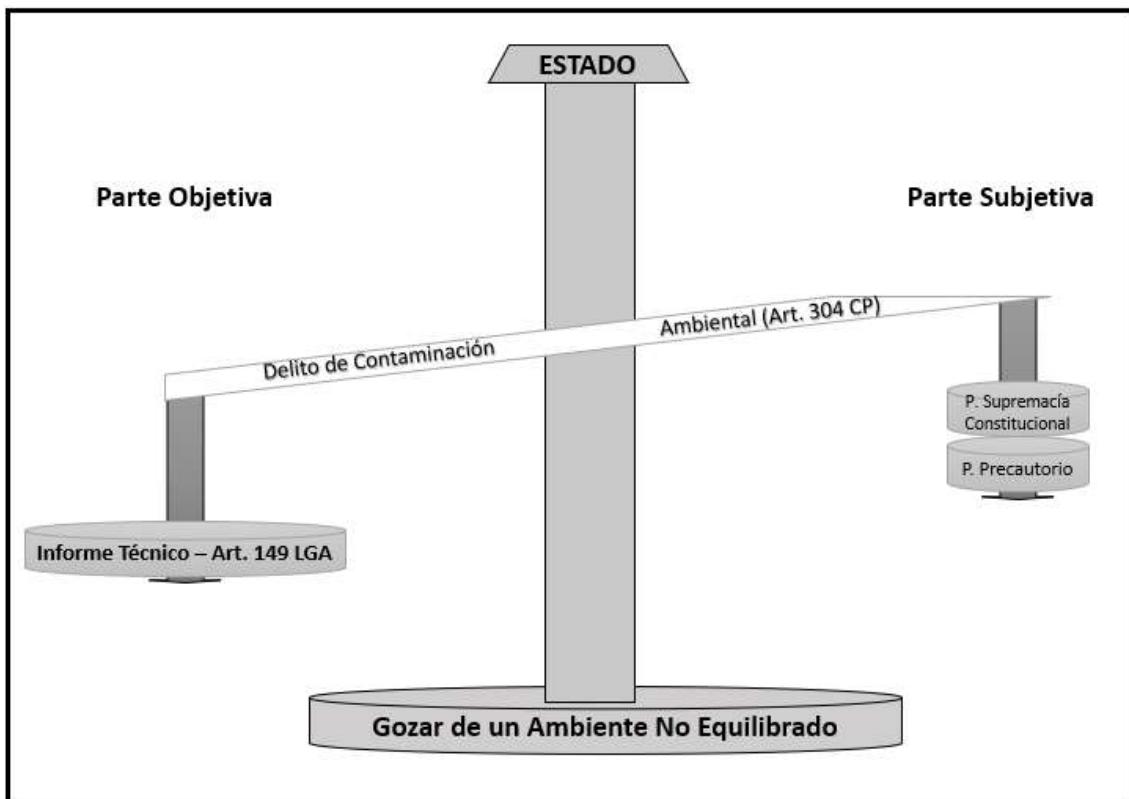
Palomino Manchego, J. (2008). Constitución, Supremacía Constitucional y Teoría de las Fuentes del Derecho: una visión desde Perú. Lima: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Pazo Pineda, O. A. (2014). Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica S.A. ISBN: 978-612-311-111-3.
- Peces-Barba, G. (1999). Curso de derechos fundamentales I. Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- Planas Silva, P. (1997). Regímenes políticos contemporáneos. Lima: Fundación Friedrich Ebert.
- Prieto Sanchíz, L. (1990). La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades. Estudios sobre Derechos Fundamentales. Pensamiento Constitucional AJ 10 VI/Nº8, 62-102.
- Rios Bardales Artemio. (2006). El principio de oportunidad en el proceso penal peruano. Lima: Librería y editoriales jurídicas.
- Rodríguez, C. (2008). La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Rousseau, J. (2009). El contrato social. Madrid: Brontes.
- Ruiz Ruiz, R. (2012). La Distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. Derecho y Realidad ISSN: 1692 - 3936, 145 - 165.
- Salas Beteta, C. (2011). El Proceso Penal Común. Lima: El Búho.
- Shapiro, S. (2007). The 'Hart-Dworkin' debate: A short guide for the perplexed. Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Working Paper N° 77, University of Michigan, 7.
- Summers, R. (1963). Professor H.L.A. Hart's Concept of Law. Duke Law Journal.

- Touchard, J. (2010). Historia de las ideas políticas. Madrid: Tecnos.
- Tribunal Constitucional, 0964-2002-AA/TC (17 de Marzo de 2003).
- Vera Esquivel, J. G. (1991). El Nuevo Derecho Internacional del Medio Ambiente. Lima: Fundación Académica Diplomática del Perú.
- Vidal Ramos, R. (2007). ¿Las Minerías vs. Las Comunidades Campesinas? BUsiendo soluciones a los conflictos ambientales en el Perú. Diálogo con la Jurisprudencia. N° 111, 329.
- Villavicencio Terreros, F. (2017). Derecho Penal Básico. ISBN: 978-612-317-229-9. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Von Rintelen, F. (1970). Filosofía actual de los valores. Anuario Filosófico de la Universidad de Navarra, España.
- Westreicher Andaluz, C. (2016). Manual de Derecho Ambiental. Lima: Iustitia.
- Wieland Fernandini, P. (2017). Introducción al Derecho Ambiental. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Waluchow , W. (2007). Positivismo jurídico incluyente. Madrid, Barcelona: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Wolfe, C. (1991). La transformación de la interpretación constitucional. Madrid: Civitas.
- Zagrebelsky, G. (1990). Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.
- Zagrebelsky, G. (1997). El derecho dúctil. Trotta: Madrid.

Zamarro Parra, J. (1996). Límites a la libertad de conciencia. *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 551.

ANEXOS**ANEXO 1****Cuadro 1. Primer fundamento jurídico**

ANEXO 2**Cuadro 2. Segundo fundamento jurídico**

ANEXO 3**Cuadro 3. Tercer fundamento jurídico**