



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**



**“RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS EN FUNCIÓN A LA TIPICIDAD DE LOS
DELITOS AMBIENTALES”**

TESIS:

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES.**

AUTOR:

ABG. LINARES SUÁREZ CESAR HUGO

ASESOR:

Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO

**LAMBAYEQUE – PERÚ
2018**



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**



**“RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS EN FUNCIÓN A LA TIPICIDAD DE LOS
DELITOS AMBIENTALES”**

TESIS:

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES.**

**PRESENTADA POR:
ABG. LINARES SUÁREZ CESAR HUGO**

**LAMBAYEQUE – PERÚ
ENERO - 2018**

"RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN FUNCIÓN A LA TIPICIDAD DE LOS DELITOS AMBIENTALES"

ABG. LINARES SUÁREZ CESAR HUGO

AUTOR

Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO

ASESOR

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES.**

DR. JOSÉ MARÍA BALCAZAR ZELADA

PRESIDENTE DEL JURADO

DR. HUMBERTO FALLA LAMADRID

SECRETARIA DEL JURADO

DR. AMADOR MONDOÑEDO VALLE

VOCAL DEL JURADO

**LAMBAYEQUE – PERÚ
2018**

DEDICATORIA

Dedicarles éste trabajo a mis queridos padres, esposa e hijos; que siempre confiaron en mí; y sirvieron para alcanzar los objetivos en el presente título.

AGRADECIMIENTO

A Dios por darnos la fuerza y la sabiduría suficiente en el quehacer diario de la vida, familia por el apoyo constante, a la Universidad fuente del saber y de enseñanza, en cuyo seno se forjan las personas del mañana, a nuestros queridos profesores quiénes con sus sabios consejos nos han permitido llegar a nuestra meta fijada

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	xi
CAPITULO I.- ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.	1
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	1
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	2
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	5
1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	5
1.4.1. JUSTIFICACION	5
1.5. OBJETIVOS	7
1.5.1. GENERAL	7
1.5.2. ESPECÍFICOS	7
1.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES.	8
1.6.1. HIPÓTESIS	8
1.6.2. VARIABLES	9
1.7. MARCO METODOLÓGICO.	11
1.7.1. DISEÑO DE CONTRATACIÓN DE LA HIPÓTESIS	11
1.7.2. POBLACIÓN Y MUESTRA	12
1.7.2.1. Población:	12
1.7.2.2. Muestra:	12
1.8.1. Técnicas	14
1.8.2. Instrumentos:	14
1.9. VALIDACIÓN Y CONFIABILIDAD DE INSTRUMENTOS	14
1.9.1. Trabajo de Campo	14
1.9.2. Trabajo de gabinete	15

CAPITULO II. MARCO TEÓRICO	16
2.1. Sub capitulo I. La Responsabilidad penal	16
2.1.1.1. La dogmática penal frente a los retos de la criminalidad empresarial	21
2.1.1.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde un enfoque preventivo del derecho penal	25
2.1.1.3. Proyección legislativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica	26
2.1.1.4. Personas jurídicas en el Código penal de 1991	29
2.1.1.5. Legislación penal complementaria	33
2.1.1.6. Determinación de la naturaleza jurídica de las denominadas medidas o consecuencias accesorias	41
2.2. Sub Capitulo II: Los delitos ambientales en la legislación peruana	53
2.2.1. Los delitos ambientales en el Perú	53
2.2.2. El delito de contaminación del medio ambiente y la protección del bien jurídico protegido.	71
2.2.2.1. La gravedad de los ilícitos ambientales, según la calificación reglamentaria.	75
2.2.2.2. El principio de protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible.	77
2.2.2.3. El delito de extracción ilegal de especies acuáticas.	79
2.2.2.4. El incumplimiento a las normas relativas al manejo de residuos solidos	88
2.2.2.5. La fragmentariedad en el delito de contaminación ambiental (artículo 304 del Código Penal)	99
2.2.2.6. Los organismos internaciones y su protección del medio ambiente en función a las políticas ambientales penalmente relevantes.	100

La OEFA	100
2.2.2.7. La gestión ambiental en el Perú	103
2.2.2.8. Marco jurídico de la gestión ambiental	105
2.3. Análisis a la Ley 29263	115
CAPITULO III.- RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.	123
3.1. RESULTADOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD PENAL AUTÓNOMA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.	123
3.2. RESULTADOS EN FUNCION A LOS DELITOS AMBIENTALES.	127
CAPITULO IV: ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	132
CONCLUSIONES	165
REFERENCIAS	167
ANEXOS	177

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo: analizar las conductas ambientales penalmente relevantes de las personas jurídicas y delimitar si existe responsabilidad penal por parte de ellas y ver quién es el responsables, delimitando que en función a los delitos ambientales no se debe criminalizar a cualquiera de ellas que vulnere el entorno, sino aquellas que afectan sensiblemente al medio ambiente o la salud ambiental mediante su lesión o puesta en peligro, de la misma manera se justifica ya que teniendo en cuenta que conforme a este principio, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente: dentro de estas conductas lesivas deben estar sometidas a represión penal las más graves, toda vez que sería evidentemente desproporcionado imponer una sanción tan severa como la pena, por hechos de bagatela o que no afecten de manera relevante el interés sujeto de protección, la cual aportará el conocimiento de una realidad existente en nuestro país, se aplicó una metodología del tipo descriptiva y explicativa, con un diseño no experimental bajo un enfoque cuantitativo y cuya población estuvo conformada por un número total de 100 personas.

En tal sentido investigación nos permite poder analizar a través de los resultados ¿deben aplicarse responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos medio ambientales?

Finalmente, la investigación concluye en que El tipo penal establecido en el art. 304 del CP dispone que la alteración, perjuicio y daño debe ser grave, y que el juez penal no será el que libremente decida si la afectación que la acción contaminante produce sobre el ambiente o sus componentes es grave o no, sino que lo determinará con base en la calificación reglamentaria realizada por la autoridad ambiental.

Palabras clave: responsabilidad penal, personas jurídicas, delitos ambientales.

ABSTRAC

The objective of the present investigation was to analyze the environmental criminal behavior of legal persons and to determine if there is criminal responsibility on the part of them and to see who is responsible, delimiting that in the light of environmental crimes should not criminalize any of them which damages the environment, but those that significantly affect the environment or environmental health through its injury or endangerment, is justified in the same way since, in accordance with this principle, not all conduct detrimental to deserving legal goods of criminal protection must be criminally sanctioned: within these harmful acts must be subjected to criminal repression the most serious, since it would be obviously disproportionate to impose a sanction as severe as the penalty, for acts of trifle or that do not significantly affect the interest subject of protection, which will bring the knowledge of a real a descriptive and explanatory methodology was applied, with a non-experimental design under a quantitative approach and whose population consisted of a total number of 100 people.

In this sense, investigation allows us to analyze through the results, should ancillary consequences be applied directly to the legal person without the need to punish their representatives in environmental crimes?

Finally, the investigation concludes that the criminal type established in art. 304 of the PC provides that the alteration, damage and damage must be serious, and that the criminal judge will not be the one who freely decides whether the effect that the polluting action has on the environment or its components is serious or not, but will determine it based on the regulatory qualification made by the environmental authority.

Key words: *precautionary measure, preventive detention public ministry.*

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional en su sentencia N°03343-2007-PA/TC , ha establecido que, debe ser entendido como el derecho a gozar de ese medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve; ante ello se puede establecer que se debe buscar y preservar el lugar donde habitamos, teniendo en cuenta el cuidado, protección y amparo de este, entonces se puede determinar que la necesidad de fundamentar la responsabilidad penal de la empresa se da a partir del concepto de ciudadano corporativo fiel al derecho que, tiene una vertiente formal que hace referencia a aquella empresa que tiene el deber de institucionalizar una cultura empresarial de fidelidad al derecho y una vertiente material que hace referencia a que el concepto de ciudadano corporativo fiel al derecho es aquella empresa que participa en los asuntos públicos.

Teniendo en cuenta que como objetivo principal de la investigación se tiene por analizar las conductas ambientales penalmente relevantes de las personas jurídicas y delimitar si existe responsabilidad penal por parte de ellas y ver quién es el responsables, delimitando que en función a los delitos ambientales no se debe criminalizar a cualquiera de ellas que vulnere el entorno, sino aquellas que afectan sensiblemente al medio ambiente o la salud ambiental mediante su lesión o puesta en peligro, es por ello que desarrollamos la investigación en:

CAPITULO I, Problema de la investigación, donde podemos encontrar la realidad problemática, formulación del problema, objetivos, justificación y limitaciones.

CAPITULO II, Marco Teórico, que son las bases doctrinales más relevantes, análisis de casos concretos y expedientes en su resolver por el órgano judicial, en

CAPITULO III, Resultados, donde se aprecian los análisis de los documentos, sentencias, y casos que forman parte de la investigación.

CAPITULO IV, desarrolla el análisis y discusión de los resultados, delimitando los nuevos alcances que tiene la futura ley propuesta por el investigador, afirmando teorías y posiciones a favor y en contra.

CAPITULO VI, se precisa las conclusiones y recomendaciones, así poder definir en qué manera es útil la investigación y que es lo que se pretende lograr con esta.

CAPITULO I.- ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

En aras de una política criminal eficaz de protección de bienes jurídicos ambientales que involucran a toda la sociedad y frente a la complejidad para la atribución de responsabilidad penal personal, ¿deben aplicarse consecuencias accesorias directamente a la persona jurídica sin necesidad de sancionar a sus representantes?

La necesidad de fundamentar la responsabilidad penal de la empresa se da a partir del concepto de ciudadano corporativo fiel al derecho que, al decir de Gómez-Jara Díez, tiene una vertiente formal que hace referencia a aquella empresa que tiene el deber de institucionalizar una cultura empresarial de fidelidad al derecho y una vertiente material que hace referencia a que el concepto de ciudadano corporativo fiel al derecho es aquella empresa que participa en los asuntos públicos. (GOMEZ JARA, 2010, p. 28-31)

Tiedemann sostiene que ordenamientos jurídicos como los de Japón y Suiza ven en la idea de la culpa por la organización la base de legitimación para admitir la punibilidad de la empresa que ha sido introducida en el sistema alemán y que la visión de Schünemann, en el sentido que la culpa solo puede alcanzar a las personas naturales, se basa en una visión germánica ya superada acerca de la persona

jurídica que en la actualidad constituye un fenómeno social y no una mera ficción jurídica. (TIEDEMANN, 2009, p. 235)

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Asistimos a una sociedad de consumo, dando lugar a un intercambio masivo de bienes y servicios, caracterización y adscripción de una sociedad moderna, cuyos protagonistas son los consumidores y los proveedores de bienes y servicios. Ofertantes de estos productos, que han de sujetar su actuación mercantil a estándares de calidad y de óptima funcionalización de los mismos. En tal contexto, aparece la empresa como motor que dinamiza y mueve esta actividad, mediando la cobertura normativa que le otorga el ordenamiento jurídico. Abstracción legal que construye el legislador para viabilizar la corporativización de las decisiones que se gestan desde su in put, en cuanto a las personas físicas que representan sus órganos de gestión y administración. Por tanto, su funcionamiento y operatividad es decisión de personas físicas, portadoras de voluntad y libertad. ¿Se puede entonces, distinguir las decisiones corporativas de la empresa, de las mentes que encaminan dichas decisiones? Aspecto que debe ser resuelto conforme a las aristas que construyen las diversas parcelas del orden jurídico. El protagonismo adquirido por las personas jurídicas en la actualidad, define situaciones jurídicas de relevancia, en orden a establecer niveles de responsabilidad por las actuaciones defectuosas que pueden tomar lugar en su cotidiana actividad. Aspecto de

relevancia, cuando dichas actuaciones provocan la lesión y/o la puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente tutelados, sabedores que el sistema de imputación jurídico penal se basa en un sujeto portador de conciencia, libertad e inteligencia, como factores ontológicos que definen la responsabilidad penal en la lege lata. Por tanto, de los delitos cometidos al interior de una empresa, solo responden penalmente las personas individuales a las que puedan imputárseles, y en la medida en que les sean atribuibles, mientras que la organización en sí no puede ser sometida a ninguna sanción criminal. (PEÑA CABRERA, 1994, p. 298)

La economía actual, tanto a nivel nacional e internacional, está manejada principalmente por personas jurídicas. Estas empresas, la mayoría de ellas entidades comerciales que compiten por los contratos públicos. Las grandes corporaciones, usualmente tienen operaciones globales en áreas como transporte, construcción, telecomunicación, minería, energía, producción de químicos, y muchos otros sectores de la economía.

La empresa, entendida como conjunto de personas estructuradas en funciones o competencias, tiene como factor criminógeno la deficiente organización estructural, porque los individuos, aprovechando el anonimato, la conciencia de grupo, la falta de control, entre otros factores, perpetran ilícitos penales. (JIMENEZ BERNALES, 2001, p. 185)

La postura normativa, por tanto, era siempre de no reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas *societas delinquere non potest*, y esto significó la elaboración de la fórmula legal del “actuar en lugar de otro”, tal como se describe en el art. 27 de la parte general de la codificación penal, mediando la transferibilidad de las cualidades del sujeto de imputación, las personas jurídicas, a las personas físicas que asumen sus órganos de representación; y también de un régimen sancionador aplicable a las personas jurídicas, conforme el listado reglado en el art. 105 del CP, dependiente de la responsabilidad penal de las personas físicas de sus órganos de gestión y/o administración “Consecuencias accesorias al delito”. Por consiguiente, la sanción a las empresas se somete a un sistema de “hetero-responsabilidad”, seguido por las responsabilidades individuales de las personas físicas. De forma que el aforismo del *societas delinquere non potest* se construye a partir de categorías dogmáticas en esencia “ontológicas”, si bien correcto desde los valores de un Estado democrático de derecho, no por ello incapaz de renovar sus estructuras de imputación según una visión político criminal moderna.

La adscripción de esta política criminal, sus lineamientos positivos no han sido suficientes para prevenir la portentosa delincuencia que se gesta desde la estructura societaria de la persona jurídica, no solo con respecto a la criminalidad económica y financiera, sino también en el ámbito del cohecho transnacional, involucrando esferas de actuación que trascienden los hitos fronterizos de los Estados. Así, en el

preámbulo de la United Nations Convention against Corruption (UNCAC), se afirma que “la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”.

Si la empresa realiza actividades que pueden ser riesgosas para los bienes jurídicos de la persona y de la sociedad, está obligada a adoptar mecanismos tendientes a conjurar dichos riesgos, a fin de que estos no sobrepasen ciertos límites que puedan significar estados de lesión para estos intereses jurídicos.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿EXISTE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN FUNCION A LA TIPICIDAD DE LOS DELITOS AMBIENTALES?

1.4. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

1.4.1. JUSTIFICACION

La presente investigación se justifica teniendo en cuenta que conforme a este principio, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente:

dentro de estas conductas lesivas deben estar sometidas a represión penal las más graves, toda vez que sería evidentemente desproporcionado imponer una sanción tan severa como la pena, por hechos de bagatela o que no afecten de manera relevante el interés sujeto de protección

El modelo de responsabilidad directa o por hecho propio no requiere una transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa y se sustenta en la “culpabilidad por defecto de organización” y en la responsabilidad por la “actitud criminal de grupo”.

La justificación político criminal para sancionar a las personas jurídicas reposa en estos argumentos:

- De la irresponsabilidad organizada en los que la separación de los centros de decisión de los ejecutores genera una difuminación de la responsabilidad penal individual.
- De la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual.
- De la insuficiencia preventiva de las formas de responsabilidad colectiva no penales como las administrativas.

La culpabilidad es el principal cuestionamiento cuando se trata de responsabilizar a la persona jurídica a efectos de que sufra consecuencias penales. El criterio de culpabilidad, esto es, que la persona sea capaz de distinguir lo ilícito y además sepa conducirse de otro modo, no es aplicable a la persona jurídica, ya que es un conglomerado de personas.

De otro lado, bajo el análisis del marco teórico, entendemos que el derecho penal ambiental no debe criminalizar cualquier conducta que vulnere el entorno, sino aquellas que afectan sensiblemente al ambiente o a la salud ambiental, mediante su lesión o puesta en peligro grave

Dicha investigación servirá para los estudiantes de las distintas facultades de derecho como un tema novedoso y acorde a la realidad nacional en relación a delitos ambientales por parte de las personas jurídicas, con una propuesta legislativa que regule de manera directa las penas de la empresa más no de sus representantes.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. GENERAL

Analizar las conductas ambientales penalmente relevantes de las personas jurídicas y delimitar si existe responsabilidad penal por parte de ellas y ver quién es el responsables, delimitando que en función a los delitos ambientales no se debe criminalizar a cualquiera de ellas que vulnere el entorno, sino aquellas que afectan sensiblemente al medio ambiente o la salud ambiental mediante su lesión o puesta en peligro

1.5.2. ESPECÍFICOS

- a. Conocer el marco teórico, delimitando concepto básicos, doctrina a favor y en contra, relacionados con los supuestos de la

necesidad de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en los delitos ambientales.

- b. Analizar los bienes jurídicos no tutelados en función a los delitos de ambientales por parte de las personas jurídicas.
- c. Analizar los casos existentes de directamente relacionados con la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos ambientales.
- d. Proponer una propuesta legislativa que busque solucionar las consecuencias accesorias directamente a las personas jurídicas sin necesidad de sancionar a sus representantes.

1.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES.

1.6.1. HIPÓTESIS

Si existe responsabilidad penal por parte de las personas jurídicas en relación a delitos ambientales, teniendo en cuenta que dada la complejidad de la normativa penal ambiental, la cual dado su carácter de ley penal en blanco nos remite a diferente normativa administrativa, mas no a una sanción penal, entonces la solución aplicable a dicha problemática se ve resaltada en la elaboración de un proyecto de Ley que regule directamente la responsabilidad penal empresarial en temas medio ambientales.

1.6.2. VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES
LA RESPONSABILIDAD PENAL AUTÓNOMA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	RESPONSABILIDAD PENAL	DOCTRINA	TEORIAS A FAVOR
			TEORIAS EN CONTRA
		NORMATIVA	NACIONAL
			LOCAL
		JURISPRUDENCIA	EN EL MUNDO
			EN EL PERU
		LEGISLACION COMPARADA	ESPAÑA
			ARGENTINA
	PERSONA JURIDICA	EMPRESA	MALA APLICACION DE LA NORMA
			RESPONSABILIDAD
		SOCIOS	DERECHOS Y

			DEBERES
			PROTECCION PO ESTATUTOS
VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES
DELITOS AMBIENTALES	EN EL DERECHO PENAL	TIPOS DE DELITOS	MODUS OPERANDI
			PENAS
		FALATAS GRAVES	APLICACION
			PRECEDENTES
		FRAGMENTARIEDAD DE DELITOS	APLIACION EN EL MUNDO
			APLICACIÓN EN EL PERU
		JURISPRUDENCIA	PODER JUDICIAL
			TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.7. MARCO METODOLÓGICO.

1.7.1. DISEÑO DE CONTRATACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Considerando que la hipótesis científica es sometida a prueba para determinar si son apoyadas o refutadas de acuerdo con lo que el investigador observa y esto se hace posible estableciendo un diseño de contrastación, recolectando datos de uno o varios instrumentos de medición y analizando e interpretando dichos datos. Este diseño se refiere al plan o estrategia concebida para responder las preguntas de investigación, el mismo que se adaptará de acuerdo o conforme al carácter de la misma. La clasificación de estos diseños se realiza en base al carácter experimental o no experimental de la investigación y considerando la subclasificación de esta última en diseños transeccionales y diseños longitudinales dentro de los primeros se enmarca la investigación o el tipo de investigación que se pretende realizar, es decir una investigación descriptiva.

Por lo tanto, en un experimento, el investigador construye deliberadamente una situación a la que son expuestos varios individuos. Esta situación consiste en recibir un tratamiento, condición o estímulo bajo determinadas circunstancias, para después realizar los efectos de la exposición o aplicación de dicho tratamiento o condición. Por decirlo de alguna manera en un experimento se construye una realidad. En cambio en un estudio no experimental no se construye ninguna situación, sino que se observa situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente por el investigador. En la investigación no experimental las variables independientes ya han ocurrido y no pueden ser manipuladas. El investigador no tiene control directo sobre dichas variables, no puede influir sobre ellas porque ya sucedieron, al igual que sus efectos en este tipo de diseños queda claro que no siquiera cabe la noción de manipulación

puesto que cada variable se trata individualmente, no se vinculan variables.
(HERNÁNDEZ, 1998, p. 15)

Razón por la cual, siendo esta una investigación de carácter descriptivo, no necesita de un diseño de contrastación para la hipótesis, debido a que siendo estudios puramente descriptivos, cuando se establecen hipótesis, éstas son también meramente descriptivas.

1.7.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

1.7.2.1. Población:

Se considera como población para efectos de la presente investigación, al distrito de Chiclayo.

1.7.2.2. Muestra:

A. Cualitativa:

Se tomará como muestra en el Corte superior de Justicia de Lambayeque del donde se resuelven temas en relación a la presente investigación.

B. Cuantitativa:

Se aplicará una encuesta a los Abogados, agremiados al Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque teniendo en cuenta lo siguiente:

Muestra preliminar

$$N = \frac{Z^2(p)(q)}{E^2}$$

$$E^2$$

$$N = .$$

Z= límite de confianza para
generar los resultados.

Pq= campo de variabilidad del
fenómeno a investigarse

P= representa aciertos

Q= representa errores

E= nivel de precisión

n = ?

$$Z = 2.06$$

$$p = 0.9$$

$$q = 0.1$$

$$E = 0.04$$

$$n = \frac{(2.06)^2(0.9)(0.1)}{0.04^2}$$

$$n = \frac{4.2436 \times 0.09}{0.0016}$$

$$n = \frac{0.3819}{0.0016}$$

$$n = 238.7$$

$$n = 239$$

Muestra ajustada

$$N_0 = n$$

$$1^{n-1}$$

N

N = valor de la muestra inicial

N = universo de formación

N₀ = muestra ajustada o

corregida

$$n = 239$$

$$N = 400$$

$$n_0 = ?$$

Muestra Ajustada

$$N_0 = n$$

$$1+n-1$$

$$\frac{\quad}{N}$$

$$N_0 = 239$$

$$\frac{\quad}{1+239-1}$$

$$400$$

$$N_0 = 239$$

$$\frac{\quad}{1+0.595}$$

$$N_0 = 230$$

$$\frac{\quad}{0.595}$$

$$N_0 = 99.8$$

N₀ = 100 abogados del

distrito judicial de

Lambayeque

1.8.MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

1.8.1. Técnicas

Encuesta. - De ser posible, se empleará un cuestionario, el cual podría ser aplicado a los abogados de la ciudad de Lambayeque a efectos de tener una opinión sobre las sentencias emitidas.

1.8.2. Instrumentos:

Cuestionario. - Este instrumento se emplea en la técnica de la encuesta, y servirá para recoger información de opinión en los abogados de la ciudad de Lambayeque, la cual tendrá una muestra al azar.

1.9. VALIDACIÓN Y CONFIABILIDAD DE INSTRUMENTOS

1.9.1. Trabajo de Campo

Aplicación de la ficha. Se recogerán datos de todas fuentes documentales, en especial de legajos de sentencias del Juzgados de penal de Chiclayo.

Aplicación de la guía de observación. Se aplicará en los juzgados de Chiclayo.

Aplicación de la guía de entrevista. Se entrevistará a Jueces y Fiscales vinculados al tema de delitos ambientales.

Aplicación del cuestionario. Se aplicará a los abogados de Chiclayo.

1.9.2. Trabajo de gabinete

Presentación de Datos. - Los datos obtenidos serán presentados de la siguiente manera:

- a.- Los datos cualitativos, serán presentados en fichas.
- b.- Los datos cuantitativos, serán presentados en cuadros y gráficos.
- c.- También podrá incluirse fotografías y filmaciones editadas.

Procesamiento de Datos. - Estado a lo precedentemente expuesto, el trabajo de gabinete comprenderá el siguiente procedimiento:

b.- Tabulación de datos; a los datos que hayan pasado el procedimiento de crítica y discriminación de datos, y que se encuentran presentados en fichas, cuadros, gráficos y otros, se les asignará un código a cada ficha, cuadro, gráfico u otro, el cual se hará teniendo en cuenta el esquema de investigación que se anexa al final del presente proyecto de investigación.

c.- Tratamiento de datos: Los datos que hayan sido tabulados, serán ordenados de acuerdo al código que se les haya asignado, para su correspondiente análisis, conforme a lo propuesto en el método de análisis, expuesto precedentemente.

CAPITULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. Sub capítulo I. La Responsabilidad penal

Resulta innegable el interés que cobra en la actualidad, y en el marco de la necesaria adaptación del Derecho Penal al reto de hacer frente a la creciente criminalidad económica y organizada, la discusión acerca de la responsabilidad penal que alcanza a las personas jurídicas. La opinión doctrinaria mayoritaria aún sostiene que las sanciones punibles deben afectar sólo a las personas naturales y no a los entes corporativos o mejor dicho, a las personas jurídicas; por ello, si enfocamos el tema desde el punto de vista de la dañosidad y por ende, de la importancia de los bienes jurídicos, habría que tomar en cuenta un nuevo Derecho Penal en donde precisamente los sujetos activos con mayor capacidad criminológica son las personas jurídicas, sin embargo, lo que ocurre en la realidad es que no se sancionan a las personas jurídicas si no a las personas físicas y esto tiene relación con el análisis del injusto, al configurar ésta una categoría que siempre se ha reconocido como propia de la condición humana.

De otro lado, a pesar de la tendencia general aún reinante, no es posible negar que el Principio de “Societas Delinquere Non Potest” no tiene ya una vigencia absoluta. Como sabemos, este Principio establece que la responsabilidad penal recae en el representante de la persona jurídica y por tanto, los que ejercen esa función deben asumir la responsabilidad por los hechos delictuosos en los que se haya incurrido.

En tal contexto, el Derecho Penal que tradicional y comúnmente recae sobre las personas físicas ha sido complementado en un gran número de países industrializados con un Derecho Penal que se orienta a castigar con sanciones punitivas a las personas jurídicas .

Entre estos países podemos mencionar a Gran Bretaña, Dinamarca, Holanda, Francia, Portugal, Estados Unidos, Finlandia, Japón y Noruega, mientras que en Estados como Alemania e Italia sólo se aplican sanciones económicas contra las personas jurídicas y en similar línea, países como España, Bélgica, Grecia, Austria, Canadá y en nuestro medio, se imponen sanciones de carácter civil o administrativo a las personas Jurídicas . Lo cierto es que en relación a este dogma del “Societas Delinquere Non Potest” las regulaciones que contienen los grandes sistemas del Derecho Penal (como el sistema del Common Law y la Codificación de Europa Continental que halla sustento en la legislación Francesa y en el pensamiento dogmático Alemán) tienden a unificarse y por tal razón, la ya existente responsabilidad cuasi-penal de las empresas a nivel de la comunidad Europea es frecuentemente tomada en consideración como modelo legislativo y jurídico de varios de sus Estados miembros.

Esta necesidad de represión penal a las personas jurídicas proviene de la aceptación generalizada en torno a que los actos con relevancia penal no son sólo cometidos por personas naturales o particulares que actúan de modo autónomo, si no por agrupaciones de personas organizadas en estructuras regularmente complejas,

con lineamientos de división del trabajo y en cuyo seno se concentran grandes dosis de poder. Estos hechos de connotación penal a que nos hemos referido y en los que suelen incurrir las empresas son generalmente los delitos económicos y contra el medio ambiente.

Ahora bien, queda claro que la tendencia actual se inclina a optar por la responsabilidad penal de las personas jurídicas tomando en cuenta aspectos sustanciales tales como la idoneidad de la sanción a fin de eliminar a cabalidad las ventajas obtenidas por el ente corporativo, la adecuación de la sanción a la capacidad de producción de la persona jurídica y la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el castigo a imponer y la trascendencia y dañosidad del evento punible; en dicha secuencia, nuestra posición apunta a sustentar un modelo paralelo de imputación basado en argumentos tales como admitir que muchos delitos se cometen por directivas o política de la organización, no siendo viable en tales casos, la imputación a personas individuales.

En cuanto al fundamento político-criminal, es obvia la necesidad de contrarrestar la creciente y moderna criminalidad económica o empresarial y también es de suma importancia tomar en cuenta el aspecto sociológico, pues diversos estudios especializados en la materia han venido a demostrar que las organizaciones complejas denotan una personalidad propia y particular, un aptitud grupal que la más de las veces, queda al margen del comportamiento individual de sus miembros lo que pone de manifiesto que las personas

cambian su conducta cuando se sienten protegidas dentro del grupo, llegando en casos extremos a cometer eventos delictuosos cubriéndose en la fachada de la persona jurídica.

Volviendo al punto de sustentar nuestra posición la consecuencia inmediata es formularnos la siguiente interrogante: ¿cómo estructurar al interior de las Sociedades las sanciones punitivas a imponerse en el caso de la comisión de ilícitos penales?. Definitivamente no es un tema sencillo y el debate que se cierne en la actualidad se justifica ampliamente por su trascendencia en el ámbito jurídico-penal.

La problemática en puridad se centra en el hecho de que en las corporaciones existen relaciones complejas que se traducen en especialidad, división de trabajo y delegación de funciones, así como en lineamientos marcados por la relación jerárquica y de subordinación existente entre sus miembros lo que va a dificultar la determinación de responsabilidades penales al interior del ente societario ante la comisión de un hecho delictivo.

Ante ello, cabe plantear alternativas de solución que impidan se cierna impunidad respecto a la ocurrencia de eventos punibles por parte de la criminalidad económica o de empresa y así, en nuestro país se instituye la figura del “actuar por otro” contemplado en el Artículo 27° del Código Penal por la cual es a la persona física o natural que actúa en nombre de la organización o persona jurídica, la que se le atribuye la responsabilidad penal, añadiéndose a este punto la aplicación de las denominadas “medidas accesorias” que

no constituyen sino sanciones que se imponen a las sociedades a cuyo nombre se perpetran los eventos delictivos.

Igual concepto recoge el ordenamiento penal Español , pues en base a que las personas jurídicas no son capaces de realizar una acción de connotación penal y/o no es posible convertirlos en sujetos del juicio de culpabilidad tal y como lo concebimos con las pautas que nos brinda la teoría general del delito, se aplica la responsabilidad penal al representante de la persona jurídica y también, el Artículo 129º del Código Penal Español crea la figura de las “consecuencias accesorias”, que constituye una sanción penal o cuasi-penal a las personas jurídicas.

Precisamente en este punto radica el tema de nuestro análisis, pues en primer término es necesario discernir cual es la naturaleza jurídica de estas denominadas “consecuencias accesorias”, es decir, si en esencia constituyen medidas administrativas o de otro lado, configuran sanciones penales planteándose en este último supuesto, los mismos cuestionamientos que se suelen suscitar en el ámbito del sistema sancionador administrativo de cara al Principio de Culpabilidad que adopta nuestro ordenamiento penal; ello con el propósito en última instancia, de adoptar una postura coherente respecto a la viabilidad o imposibilidad en su caso, de imputar conductas contrarias a Derecho y de contenido penal, a los entes corporativos.

2.1.1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, un enfoque desde el derecho penal.

2.1.1.1. La dogmática penal frente a los retos de la criminalidad empresarial

La encrucijada de la dogmática penal y la política criminal en la actualidad, es de cómo enfrentar los nuevos retos de la modernidad, entre estos, la delincuencia empresarial, aquellos hechos punibles que son perpetrados desde las estructuras organizacionales de la sociedades; esto lo decimos porque dicho emprendimiento legislativo importa una redefinición de las categorías de la teoría del delito, como apuntalar en una proyección penal encaminada a ampliar la base sancionadora del derecho penal.

Son muchos los esfuerzos realizados en los últimos años por la doctrina más representativa para poder dotar de legitimidad un discurso punitivo que pueda sostener válidamente la posibilidad de desmantelar el principio del *societas delinquere non potest*, aspectos que involucran los núcleos más elementales de un derecho penal liberal: los conceptos de acción y culpabilidad. Una conducta atribuible a la fenomenología del ser humano, portador de inteligencia y libertad, una acción de sentido que se involucra con la propiedad inherente a la persona. La voluntariedad y la motivación normativa conforme a sentido constituyen predicados identificables solo en la persona natural, una estructura lógica-objetiva, la razón que guía y determina la actuación humana, cuya valoración jurídico-penal está supeditada a su ingreso al ámbito de protección de la

norma; por su parte, poseer las capacidades sicocognitivas suficientes para poder conducirse el individuo conforme el directivo de conducta plasmado en la norma. En opinión de Gómez-Jara Díez, las concepciones ontológicas del derecho tienen difícil acomodo en el debate jurídico actual; todas las propuestas observan al derecho, en mayor o menor medida, como un fenómeno social, y debido a que resulta igualmente un lugar común que dichos instrumentos alternativos se muestran insuficientes en la actualidad, sobre todo en lo tocante a la dimensión comunicativa característica del derecho penal. (GOMEZ JARA, 2012, p. 335)

“Acción” y “culpabilidad” vienen a representar dos niveles de valoración (dogmáticos), cuya concepción tradicional trasuntan el carácter ontológico de la persona, por lo que una persona jurídica no puede ser portador de ambos elementos. Detrás de toda persona jurídica están las personas físicas; quienes la regentan, administran, gestionan. Son estos los sujetos que deciden la marcha societaria, de ahí que la imputación jurídico-penal solo tenga como destinatario a la persona natural y no a la empresa. (KUDLICH, 2016, p. 132)

La acusada normativización que han alcanzado las categorías dogmáticas del delito por parte de un sector representativo de la doctrina penal, no solo puede ser vista como un esfuerzo intelectual cargado de una fuerte dosis de abstracción, sino también de armonizar los derroteros de una política criminal (internacional) unívocamente direccionada al reconocimiento del *societas delinquere potest*, lo que ha sucedido ya desde hace tiempo, no solo

en los modelos jurídicos propios del common law, sino también en aquellos adscritos al sistema jurídico continental europeo, como España, según su LO del 5/2010 del 22 de junio (Responsabilidad penal “autónoma” de la persona jurídica). A decir de Nieto Martín, “[...] en todos los Convenios Internacionales, procedan de la OCDE, la ONU, el Consejo de Europa o en la Directivas Decisiones marco de la UE, aparece casi como una cláusula de estilo la necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas”. En realidad dice el autor, que la responsabilidad colectiva es producto de la influencia del ordenamiento más poderoso del mundo, el de los Estados Unidos, desde la época del ferrocarril descubrieron y temieron el poder de las corporaciones, y descubrieron que para dominarlo hacían falta, aparte del Sherman Act, la instauración de la responsabilidad colectiva. (NIETO MARTIN, 2010, p. 144)

Este rumbo de la política criminal tiene un referendo criminológico, son pues, muchos los delitos que se cometen a través de la empresa, siendo insuficiente el modelo político criminal actual de imponer penas a las personas naturales y consecuencias accesorias a las personas jurídicas, máxime cuando la aplicación de las segundas, está ligada a la primera, tal como se señala en la *lex lata*. (ZUÑIGA RODRIGUEZ, 2009, p. 243). La necesidad de ejercer mayores cuotas de prevención y contención de esta criminalidad es la que patrocina este cambio de paradigma: una ciudadanía empresarial, cuya dimensión, extensión y operatividad es de tal calado que se convierte en foco de atención de las políticas públicas,

entre estas, la política penal. Parece ser muy complicado penetrar en las estructuras societarias de la empresa, a fin de identificar al cerebro de los planes criminales que se gestan desde sus órganos de representación, sobre todo cuando se trata de empresas transnacionales, que cuentan con múltiples sucursales. De ahí, que la fórmula del “actuar en lugar de otro”, no ha podido enfrentar exitosamente esta galopante delictuosidad, lo que incide en nuevas formulaciones, de cuño dogmático y de política criminal.

Una sociedad marcada por el dinamismo y la especialidad en sus diversificadas actuaciones (de diversa índole), que subyacen en el modelo empresarial, determinan comunicaciones difícilmente aprehensibles por los actores estatales (el know how), de ahí que se transmita la idea de que sean las mismas sociedades quienes deban generar sus propios mecanismos de autoregulación. Se puede decir, entonces, que existe una relación entre los mecanismos de autoregulación de la empresa con la postulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como apunta Heine: “[...] la [...] carencia de información y de competencia hace que el Estado se distancie de la asunción de cualquier tipo de responsabilidad al respecto y que se establezcan nuevas relaciones de responsabilidad recíprocas entre sociedad, Estado y empresa. De esta manera, existen motivos de peso para afirmar que ese déficit de responsabilidad estatal debe ser asumido por las empresas. (GOMEZ JARA, p. 340).

Por ello concluye Heine, la línea a seguir en el ámbito de la responsabilidad penal empresarial consiste, básicamente, en la “estimulación” de la autorresponsabilidad empresarial. En esta nueva adscripción social y, por qué no decirlo, empresarial, el protagonismo de la persona jurídica es de tal dimensión y estructura, que se instituye en una fuente inmanente de riesgos para determinados bienes jurídicos (supraindividuales), deviniendo en compleja la tarea de un control estatal eficiente y oportuno. Así, cuando se expresa que en este escenario un tanto extremo irrumpen las organizaciones empresariales modernas como sistemas sociales autopoiéticos que no admiten un control o intervención externo directo, complicando aún más la situación. (GOMEZ JARA, p. 348).

2.1.1.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde un enfoque preventivo del derecho penal

Ha ido tomando lugar una renovación del pensamiento dogmático-doctrinal influenciado por el derecho anglosajón, que ya tiempo atrás reconoció la responsabilidad criminal de las empresas criminal liability company, así a partir de decisiones marco en constelaciones como la Unión Europea, donde la redefinición de la política criminal internacional apunta al reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, anulando la vigencia normativa del *societas delinquere non potest*. Lógicamente, una formulación dogmática y política criminal de tal calibre no está exenta de críticas, en el marco de una imputación jurídico-penal construida sobre factores ontológicos, como lo es la acción y la culpabilidad.

Los lineamientos de esta política criminal vienen sustentados por directrices normativistas, en cuanto a una reelaboración de las categorías dogmáticas, que inciden en la creación de un injusto sistémico de organización, conocedores de que una empresa es un ente colectivo dotado de una propia voluntad (corporativa), que guía su actuación en sus relaciones socio-económicas en sociedad, en su actuación en el mercado, con el Estado y los diversos actores que conjugan en dichas diversas esferas. De manera que si la empresa realiza actividades que pueden ser riesgosas para los bienes jurídicos de la persona y de la sociedad, está obligada a adoptar mecanismos tendientes a conjurar dichos riesgos, a fin de que estos no sobrepasen ciertos límites, que puedan significar estados de lesión para estos intereses jurídicos.

En realidad, a través de las “penas aplicables a las personas jurídicas” se procede a reforzar la tendencia hacia una autorregulación o autoorganización mediante una medida coactiva. Por lo demás, tales sanciones muestran una función social-comunicativa que sí tiene sentido, pues las personas jurídicas son agentes sociales, centros de imputación. (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 34)

2.1.1.3. Proyección legislativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Siguiendo este direccionamiento de política criminal es que se presentan los proyectos legislativos al Congreso de la República, propulsados y patrocinados por la Comisión de Alto Nivel

Anticorrupción (CAN) de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), con el fin de que el Perú pueda ingresar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), organismo de cooperación internacional, compuesto por 34 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Así también, mantener la participación del Perú en el Grupo Antisoborno de la OCDE. Son esto compromisos internacionales, así como las estructuras criminales (derecho penal económico) de la modernidad la que motivaban el derrumbamiento del sociedades delinquire non potest. Sin embargo, la Ley N.º 30424, del 20 de abril del 2015, da cuerpo a una Ley especial, en la cual se determina la “responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, por tanto, se da patente a un reconocimiento de que en realidad ya estaba consagrado en la *lex lata*. Es decir, siempre la persona jurídica ha sido pasible de responder administrativamente por los defectos de organización que pueden tomar lugar en su marcha societaria. Así, la Ley al disponer en su artículo 1 que: “La presente Ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el art. 397-A del Código Penal”. Estableciéndose en el art. 2 (in fine) que: “Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta”.

Es sabido, que la imposición de sanciones a la persona jurídica como consecuencia de un injusto penal cometido a través de sus estructuras societarias, tiene como premisa indispensable, la identificación de las personas físicas; quienes desde el dominio social típico que les otorga la posición de dominio que detentan en la persona jurídica, que dan, por tanto, sujetas a una declaración condenatoria de culpabilidad, siguiendo en estricto la literalidad normativa que se expresa en el Título VI del CP. Es decir, no resulta legalmente admisible sancionar a la empresa con las medidas que allí se detallan, si es que no se cuenta con la acreditada responsabilidad penal de las personas físicas que ejercen sus órganos de representación.

En la doctrina especializada, la postura a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica es un excelente antídoto contra la estafa de etiquetas, y también relativiza a mi juicio el valor de las construcciones doctrinales que rechazan a toda costa que se hable de penas, y luego admiten solo que con otro nombre las mismas sanciones e incluso los mismos criterios de imputación. (NIETO MARTIN, p. 147)

Somos de la convicción de que auténticas “penas” (criminales) solo la constituyen aquellas sanciones que resultan lesivas para los bienes jurídicos fundamentales de la persona, aquellas que se encuentran catalogadas en el art. 28 del CP; por mor no pueden ser denominadas como tales, las sanciones contenidas en el art. 105 (in fine). (ZUÑIGA RODRIGUEZ, p. 264). No puede confundirse lo que

se concibe como pena criminal con aquel concepto amplio y genérico que significa la terminología sanciones; fueran penas se dice se estaría afirmando con ello la configuración de una responsabilidad vicaria o derivada, acorde con el derecho civil y administrativo, mas no con el derecho penal. (PINEDO HIDALGO, 2011, p. 91)

Sistema vicarial tiene además el efecto de desaliento de todo sistema de responsabilidad objetiva, la empresa nunca ve reconocidos sus esfuerzos organizativos encaminados a evitar los hechos delictivos.

2.1.1.4. Personas jurídicas en el Código penal de 1991

Siendo estas circunstancias únicamente referidas a las personas naturales, resulta claro que las condiciones de punibilidad están sólo concebidas en relación con éstas. Las personas jurídicas son así conservadas fuera del derecho penal. Esto es confirmado por otras disposiciones de la parte general, así como por normas de la parte especial. Por ejemplo, al regular, en el art. 27, el hecho de actuar por cuenta de una persona jurídica, se reconoce implícitamente que el "órgano de representación de una persona jurídica" o el "socio representante autorizado de una sociedad" son los únicos responsables a título de autores de un delito, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este delito "no concurren en él, pero sí en la representada". En consecuencia, se excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica en tanto tal.

En cuanto a la parte especial, es evidente que la utilización de la fórmula tradicional "el que " para referirse al autor del comportamiento delictuoso, significa que se piensa en la persona natural y no en la persona jurídica. Esto es así aún en relación a los tipos legales que, por la naturaleza de los delitos y la manera de describirlos, se refieren a actividades generalmente realizadas por personas jurídicas. Pensamos, en particular, a los delitos contra el orden económico (arts. 232 y ss.) y el orden financiero y monetario (arts. 244 y ss.). En la exposición de motivos del código se justifica, por ejemplo, el primer grupo de disposiciones afirmando que "la ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden". Al mismo tiempo, se explicaba que " se prevén como delictivas conductas monopolísticas, oligopólicas y prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia en la actividad comercial mercantil".

Si se tiene en cuenta, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 232, cabe preguntarse si los medios punitivos previstos en el código son suficientes para reprimir este tipo de criminalidad económica. En dicha disposición, se prevé la represión de quien, "infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopolística u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia ...". En la compleja realidad económica actual, este tipo de actividades, más que la obra de una persona individual, constituye la concretización

de una política económica y financiera decidida y ejecutada conforme a directivas establecidas mediante acuerdos colectivos. Esta circunstancia y la estructura compleja de las grandes empresas hacen muy difícil la identificación de la o las personas individuales que han abusado de un poder económico que es, en realidad, un poder colectivo. Si a esto se agregan las dificultades para probar, en esas circunstancias, la culpabilidad individual de las personas naturales en cuestión, es fácil dudar de la eficacia del derecho penal tradicional para reprimir y evitar ese tipo de comportamientos.

El legislador no ha permanecido, sin embargo, indiferente a estos problemas. Para enfrentarlos y siguiendo al modelo español, ha previsto, entre las "consecuencias accesorias" de la pena, ciertas medidas aplicables a las personas jurídicas. En el art. 104, se establece la privación de los beneficios obtenidos por la persona jurídica "como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes". El objetivo perseguido no es el de mostrar a la persona jurídica "que el delito no es un buen negocio", sino simplemente de asegurar el pago de la reparación civil impuesta al autor individual. La disposición dice que la privación de beneficios se decretará "en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil" de quienes son castigados como responsables del delito, "si sus bienes no fueran suficientes". No es difícil imaginar que una empresa practicando una política dirigida a obtener la máxima ganancia, no sea conducida a promover, directa o indirectamente, actos de dicha

naturaleza; o calcular entre sus pérdidas el pago de las reparaciones civiles impuestas a sus miembros.

En el art. 105, se prevén una serie de medidas calificadas de consecuencias accesorias a la sanción impuesta a los miembros de una persona jurídica. Sin embargo, su naturaleza permite pensar que se trata de sanciones impuestas a las personas jurídicas de manera simulada. Las medidas previstas son, primero, la clausura de locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; segundo, la disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité; tercero, la suspensión de las actividades de dichas entidades por un plazo no mayor de dos años; cuarto, la prohibición, temporal o definitiva, de realizar actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

Dos problemas principales se presentan en relación con esta disposición. En primer lugar, resulta bastante discutible la base que justifica la aplicación de medidas que afectan tan gravemente los derechos de todos los miembros de una sociedad, comprendido aquellos que se hubieran opuesto a la realización de tales delitos y hasta denunciado a quienes consideran responsables. La grave medida de la disolución de la persona jurídica debe aplicarse ofreciendo a todos los interesados las garantías procesales necesarias. Esta deficiencia no es evitada mediante un simple cambio de terminología: denominar consecuencias accesorias lo que

constituye verdaderas sanciones, las mismas que comportan graves privaciones y restricciones de derechos.

En segundo lugar, el que sean sanciones o consecuencias accesorias no tiene importancia primordial, si su aplicación se hace depender de la punición de un autor material e individual, miembro de la persona jurídica. Está demás repetir que las dificultades para probar la responsabilidad y culpabilidad de este autor individual, permiten que la persona jurídica, además de no sufrir los efectos penales de su actividad ilícita, saque provecho indebido del delito cometido.

2.1.1.5. Legislación penal complementaria

Consciente de estos problemas, pero sin la técnica adecuada necesaria ni los fundamentos doctrinarios suficientes, el legislador se ha visto obligado a prever, en ciertos dominios, la intervención penal con relación a las personas jurídicas. Por ejemplo, el art. 21 del Decreto legislativo n. 637, denominado Ley general de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, prohíbe a toda "persona natural o jurídica" la realización de actividades en este dominio sin autorización "otorgada de acuerdo con esta ley". Así mismo, dispone que "se presume que una persona natural o jurídica incurre en las infracciones reseñadas cuando cuenta con un local en el que, de cualquier manera, se invite al público a entregar dinero a cualquier título, o al cual se haga publicidad por cualquier medio con el mismo propósito". De acuerdo con esta norma, las personas jurídicas son consideradas, literalmente, como autoras materiales de las

infracciones previstas en el primer párrafo del art. 21. Pero al establecer la reacción penal, se dispone, en el último párrafo de dicho artículo, que "quienes infrinjan la prohibición. serán sancionados con arreglo al artículo 246 del Código penal". Esta disposición reprime el delito de intermediación financiera no autorizada con pena privativa de libertad y multa. Se plantea, en consecuencia, la cuestión de saber a quién a querido reprimir el legislador: sólo a las personas individuales autoras y violadoras directas de la prohibición o también a la persona jurídica. Pero no siendo posible de imponer a éstas penas privativas de libertad, solamente se les infligiría la multa. Lo cierto es que el legislador ha elaborado deficientemente el artículo comentado, pues no es de olvidar que el art. X del Título preliminar dispone que "las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en las leyes especiales". De modo que en el ejemplo citado, se trata siempre de la punición de autores individuales por la comisión de los delitos previstos en la norma especial.

El caso del art. 21 del Decreto legislativo n. 637 no es único. Las mismas deficiencias pueden constatarse con relación al art. 12 del Decreto ley n. 25623, del 22 de julio de 1992, que reprime como tráfico de drogas la reincidencia en la violación dolosa de los actos previstos en el art. 10 de dicho decreto. Decreto que regula el control y fiscalización de los productos e insumos químicos destinados a la elaboración de cocaína. También con referencia al art. 5 del Decreto ley n. 25643, del 24 de julio de 1992, que prevé la sanción como

delito de terrorismo la posesión no declarada, por parte de personas naturales o jurídicas, de nitrato de amonio o de elementos que sirven para su elaboración. Lo mismo se hace, en el art. 16, del Decreto ley n. 25707, del 6 de setiembre de 1992, que declara en emergencia la utilización de explosivos de usos civiles y conexos.

De manera más coherente con los criterios consagrados en el nuevo Código penal, se ha reiterado en leyes complementarias la aplicación de las llamadas "consecuencias accesorias" que son consideradas como "medidas administrativas contra las personas jurídicas que se benefician de la comisión del delito". En el art. 10 de la Ley n. 26461, del 8 de junio de 1995, represora de los delitos aduaneros, se reproduce casi textualmente el art. 105 del Código penal. Con menos fidelidad, se hace lo mismo en el art. 17 del Decreto legislativo n. 813, denominado Ley penal tributaria, del 19 de abril de 1996.

Los esfuerzos hechos para construir un derecho penal administrativo diferente al derecho penal común han resultado vanos. El aspecto crucial consiste en establecer una diferencia neta entre sanción administrativa y sanción penal. En la medida en que se trata de contravenciones y de sanciones de mínima gravedad, resulta menos complicado justificar dicha distinción. Con más o menos fortuna, se ha recurrido a criterios materiales o de valor : por ejemplo, la responsabilidad objetiva como base suficiente para imponer las medidas administrativas o el carácter no infamante de las sanciones administrativas. Criterios de esta naturaleza han sido fuertemente

cuestionados, sobre todo en relación con la utilización, supuestamente a nivel administrativo, de sanciones que restringen gravemente los derechos de las personas con la finalidad de evitar que se cometan delitos o que se saque provecho de su comisión. Una diferencia "natural" no existe realmente, pues se trata más bien de un problema normativo. En realidad, el legislador decide libremente de situar una norma sea en el ámbito del derecho penal administrativo o del derecho penal en sentido estricto. Así, el hecho de denominar "consecuencia accesorio" a la "disolución de la persona jurídica" y considerarla como medida administrativa depende más de la manera como se concibe la responsabilidad penal que de la "naturaleza" misma de la disolución. Porque se considera que la persona jurídica es incapaz de obrar, de culpabilidad y de ser sometida a penas, no se le puede imponer la disolución como una pena. Para salvaguardar el principio de la responsabilidad individual, como si fuera un dogma invariable, se recurre a un subterfugio formal: calificar la privación de derechos, propia a la disolución y común a toda pena, de simple medida administrativa. Por esto se ha podido afirmar que se trata de una mejor técnica legislativa, la misma que evita "cualquier discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas como tales" y mantiene "la responsabilidad individual como única fuente tanto de la pena, como de la medida de seguridad".

Sin embargo, no basta con evitar la discusión, regulando de una manera particular el problema del tratamiento de los entes colectivos

en el derecho penal. Ante la necesidad de dotarse de medios eficaces para combatir, en particular, la delincuencia económica y de garantizar debidamente los derechos de las personas, resulta impostergable plantear a fondo la cuestión teórica y normativa de la responsabilidad penal de las agrupaciones. Los demás trabajos publicados en este volumen señalan los métodos y las tendencias de esta reflexión.

Como ha sido señalado repetidamente por diversos autores y en diferentes latitudes, una circunstancia, aparentemente, simple debe hacernos, al menos, preguntarnos si es coherente la manera actual de tratar las personas jurídicas en derecho penal. Esta circunstancia es la forma como tanto el común de las personas, como los juristas y hasta los legisladores se refieren cotidianamente a la responsabilidad de los entes colectivos.

No es extraño, por ejemplo, que se reproche a una empresa industrial de haber contaminado un río o un lago y considerar que debe reparar los daños causados. De este modo, se le tiene por culpable por el perjuicio personal o social causado por sus actividades. Esto significa que existe una percepción social, manifestada en el lenguaje, de que las decisiones de la persona jurídica y, por tanto, los actos cometidos por su miembros individuales se originan en el ejercicio de un poder difuso específico a ella. Poder que es el producto de la estructuras organizativas de la persona jurídica.. En consecuencia, la culpabilidad de los miembros individuales no se confunde con la de la persona jurídica.

En el dominio jurídico, señalemos la incongruencia que existe en negar la capacidad de actuar y de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, al mismo tiempo, admitir en derecho civil que son capaces de firmar contratos, de ser designados como tutores, gerentes de empresas o albaceas ; de imponerles multas administrativas que en nada se diferencian de la multa prevista en el Código penal; de considerar (como lo hemos visto anteriormente) que incurren en la comisión de delitos y, simultáneamente, reprimir al autor material ; de denunciar, perseguir, sancionar a las personas jurídicas como tales, en base a leyes como la referente a los derechos de autor, y no hacerlo cuando se trata de infracciones penales relativamente análogas a algunas reguladas en leyes penales comunes(8). En la Resolución jefatural n. 198-94-ODA-INDECOPI se dice "una obra... es copiada inmediatamente por otras empresas" y dispone el "cese inmediato de la actividad ilícita" por parte de la empresa denunciada.

La realidad socio económico, diverso y complejo, que caracteriza el mundo actual impone cierta flexibilidad de los sistemas conceptuales en aras de lograr mayor eficacia en la protección de los bienes jurídicos y de los derechos fundamentales de las personas. Por esto, quizás sea mejor pensar en respuestas diversificadas a los innumerables problemas que plantean los entes colectivos, privados o públicos, en la vida de la comunidad.

Aun en los casos en que, debido a la organización simple de la empresa y a su dimensión relativamente pequeña, se pueda llegar a identificar al responsable material del delito, el problema de la responsabilidad penal del ente colectivo subsiste. La admisión de esta responsabilidad no tiene la finalidad de dejar en la impunidad a los autores individuales.

Esto es, en especial, correcto con relación a las grandes y complejas empresas que ejercen una influencia decisiva en la vida económica de la sociedad. Empresas cuyas actividades constituyen procesos altamente tecnificados y organizados. En razón a los peligros que crean para terceros, se han formulado planteamientos interesantes tendientes a determinar las condiciones de imputación penal.

El punto de partida es el de considerar que, como todo otro participante en la vida comunitaria, los entes colectivos tienen el deber de realizar sus actividades, evitando poner en peligro a terceros. Con este objeto, deben organizarse de manera a garantizar la supresión de tal peligro o su disminución a límites tolerables. Esta obligación se impone en la medida en que resulta imposible, aún al Estado, intervenir eficazmente con la finalidad de prevenir dicho riesgo. Esta capacidad de la empresa para orientar y controlar sus actividades equivaldría al poder de control de los hechos en el derecho penal individual. La defectuosa organización de la empresa, fuente de dichos peligros, constituiría la base de la responsabilidad penal de la persona jurídica por haber concretado, mediante su manera de proceder, el daño que comportaban tales peligros (por

ejemplo, un grave y particular perjuicio al medio ambiente). De esta manera, no es necesario comprobar si un miembro de la empresa es responsable individual del resultado ilícito. El desvalor del resultado es determinado porque ha sido causado de modo reprochable por parte de una empresa en concreto ("individualmente").

En derecho penal, imputabilidad es sinónimo de responsabilidad y la palabra imputable es utilizada para designar la persona a quien se puede o debe atribuir un acto determinado. Imputar una acción a alguien significa atribuirla como a su verdadero autor, ponérsela en su cuenta y considerarlo o hacerlo responsable de dicha acción. La noción de imputar implica por tanto una relación básica con la idea de obligación. En sentido inverso, esto significa que partiendo de las obligaciones de reparar o de soportar la pena, consubstanciales a la noción de retribución, debe llegarse al juicio de valor de atribución del hecho a su autor, al agente. Juicio que constituye el núcleo del juicio de imputación, por el que se pone en la cuenta de alguien un hecho reprochable.

Responsabilizar a alguien de la comisión de un hecho es, sin embargo, una cuestión convencional y normativa. Lo decisivo es entonces de saber cuáles son los criterios de imputación que deben ser admitidos. Los criterios tradicionales referentes a la responsabilidad individual no pueden ser los mismos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas. La determinación de estos criterios es la tarea urgente que debe cumplirse actualmente.

2.1.1.6. Legislación comprada.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Alemán.

En Alemania aun rige el aforismo romano “societas delinquere non potest” y por tanto las personas jurídicas no son penalmente responsables. (Pérez, 2014) Esto es así ya que consideran que este tipo de responsabilidad atenta contra el principio de culpabilidad, ya que las personas jurídicas siempre actúan mediante personas físicas. No obstante, las personas jurídicas sí que pueden ser sancionadas por vía administrativa.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Italiano

En Italia sí que se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero con un corte híbrido, ya que las personas jurídicas pueden ser sancionadas en procedimientos penales mediante sanciones que se denominan administrativas, a semejanza de lo que establecía el Código Penal español antes de la reforma del Código Penal operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, cuando a las personas jurídicas solo podían imponérseles las llamadas consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal que hoy en día conviven con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El sistema italiano, en lo que se ha denominado “fraude de etiquetas” mantiene la imposición de medidas sancionadoras a la

persona jurídica con la particularidad de que ésta son acordadas por el Juez Penal.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho francés

En Francia las personas jurídicas son penalmente responsables desde 1992, con la excepción del Estado y los entes territoriales y sus agrupaciones, que sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público, según el Artículo 121.2 Código Penal Francés. (Pérez, 2014, p. 98)

Al igual que sucede con la versión actualmente en vigor del Código Penal español, en Francia se puede incluso condenar a una persona jurídica por la comisión de un delito aun cuando no se haya podido identificar a condenar a la persona física a través de la cual la persona jurídica cometió el delito.

En derecho penal francés principalmente las sanciones penales que se imponen a las personas jurídicas son multas, no obstante, al igual que sucede en España se prevén otras penas complementarias, como son la disolución, el sometimiento a vigilancia judicial por un periodo de hasta 5 años o la clausura entre otras. No obstante, estas penas complementarias no son aplicables a las personas jurídicas sometidas a derecho público. Este modelo es común al de Bélgica, Dinamarca y Finlandia. (Velasco, 2012)

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho anglosajón

El primer sistema en admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue el derecho anglosajón y desde ahí se ha ido incorporando en la legislación de otros países con sistema continental, como es el caso de España. Una de las diferencias más notables de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho anglosajón comparado con la responsabilidad en España es que la misma se aplica salvo que se disponga lo contrario. Este modelo se aplica en otros países de nuestro entorno como por ejemplo Holanda, Noruega y Suiza. (Cuadrado, 2007)

2.1.1.7. Determinación de la naturaleza jurídica de las denominadas medidas o consecuencias accesorias

Una aproximación al origen del problema lo hallamos en la visión que nos brinda la política criminal, pues nos concede argumentos importantes tales como el que el fenómeno de la macro-criminalidad implica la necesidad de prevenir los riesgos, y en ese contexto se espera la reacción inmediata y eficiente del Estado para evitar el desborde en la vulneración de los bienes jurídicos.

Al respecto, se precisa que los elementos que hacen manifiesta la existencia de la macro-criminalidad son:

- Los sujetos activos (los grupos o entes colectivos) en donde se plantea el problema de la responsabilidad de las organizaciones y en dicho orden se habla también de la violencia colectiva.

- Las víctimas indeterminadas de la criminalidad (“ delitos sin víctimas”).
- Problemas para determinar la causalidad de estos delitos. Este problema busca ser superado por el fundamento de la imputación objetiva.

Recurriendo al Derecho Comparado podemos citar el caso de Alemania en donde prima el Principio de “Societas Delinquere Non Potest” mediante el cual como ya se ha precisado, se establece que la responsabilidad penal recae en el representante de la persona jurídica y por tanto, los que ejercen esa función deben asumir la responsabilidad por los hechos punibles en que se haya incurrido. De otro lado, en Italia la responsabilidad penal también es personal mientras que en Francia con excepción del Estado, los organismos públicos sí responden penalmente.

En líneas generales, en el Derecho Comunitario se recomienda establecer la punibilidad de las personas jurídicas en los casos de fraudes comunitarios y en lo referente al modelo de sanciones que se aplican al momento de individualizar responsabilidades, éstas son básicamente dos: la responsabilidad de los órganos y representantes de la empresa (Art. 31° del Código Penal Español) y la responsabilidad de los titulares de la persona jurídica.

La conclusión en este punto es que en la práctica - dado a un inadecuado sistema de imputación penal- , se castiga al representante de la persona jurídica sin que éste conozca nada de lo delictivo que hubiere podido acontecer, castigándosele entonces

a título de imputación objetiva y funcionando tal esquema como “una responsabilidad hacia abajo” en el vértice de la responsabilidad punitiva.

Pues bien, habíamos adelantado al inicio de esta investigación, que nos adherimos a apoyar un modelo paralelo de imputación que haga confluir pero al mismo tiempo priorizar en su campo, las sanciones de connotación penal y las de índole administrativa. Los argumentos a favor de esta posición de relevancia político-criminal ya han sido esbozados anteriormente, sin embargo, es importante enfatizar -y en relación con la determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias-, que la lucha contra la criminalidad económica que amenaza significativamente el bienestar social y económico de las comunidades postindustrializadas, encuentra su punto de controversia más álgido, precisamente en establecer cuando se puede recurrir legítimamente al uso de la vía sancionatoria administrativa y en qué casos, se debe acudir a la instancia penal.

Un punto de discusión en tal contexto, lo constituye la dificultad en individualizar responsabilidades al interior de la persona jurídica cuando se cometen hechos reprobables penalmente por la norma. Ello debido a que el que se requiera identificar previamente al presunto autor de un hecho punible (evento típico, antijurídico y culpable) para imponer las denominadas consecuencias accesorias a las personas colectivas, limita en esencia la eficacia de la sanción a imponerse.

Lo ideal en este extremo – supuesto que sabemos no se concreta en la práctica judicial- sería que estas consecuencias accesorias fueran factibles de aplicarse aún cuando no se haya identificado al sujeto activo del delito, siendo exigible únicamente el haberse constatado la comisión del hecho antijurídico y la concurrencia de las exigencias que hacen posible la imposición de tales medidas accesorias.(Silva, 1995, p. 364-365).

Resulta claro así, que la dificultad en determinar la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, deviene también de lo inocuo que traduce su aplicación a efectos de contrarrestar con eficacia la ingente criminalidad económica que se origina por la actividad de las empresas y sus representantes ú órganos. Al respecto, si bien existe la demanda político-criminal de atajar la delincuencia empresarial, no menos cierto es que no ha existido la voluntad política ni jurídica de otorgarles a estas medidas la categoría de sanciones propiamente, lo que imposibilita aún más considerarlas en el ámbito penal o en la esfera administrativa , exclusivamente.

De otro lado, no queda muy claro como estructurar en la práctica judicial, el proceso penal seguido contra las personas individuales a la par del proceso administrativo incoado contra las personas jurídicas en aquellos casos que versan sobre hechos delictuosos cometidas por las primeras, en representación del ente colectivo.

En efecto, si tenemos en cuenta que el procedimiento administrativo debe quedar en suspenso hasta que concluya la

instrucción penal, se evidencia que no es posible adoptar medidas cautelares contra la persona jurídica en tanto y en cuanto no termine el proceso en sede penal, ocasionando con ello que la entidad corporativa prosiga en sus funciones con todo lo que esta situación conlleva y en tal supuesto, la sanción administrativa que posteriormente recayera en la persona jurídica, - obviamente por lo tardío e inoportuno de su imposición- carecería de valor y eficacia.

Al margen no parece razonable que el procedimiento administrativo propiamente, pueda hacer frente con idoneidad y debido a sus características y deficiencias, a la criminalidad organizada que despliegan algunas empresas y que en diversos casos, llegan al ámbito de lo transnacional.

Entonces, queda pendiente la determinación de cual es en realidad, la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, puesto que no existe certeza acerca de si constituyen penas o en otro enfoque, medidas de seguridad. Al respecto, existe una concepción moderna que las ubica en un *“tertium genus”*, es decir, se las considera simplemente como medidas administrativas adoptadas por razones de economía procesal.

El ordenamiento penal español se adscribe a esta tendencia contemplando a las consecuencias accesorias en el Art. 129° del Código Penal , mientras que nuestro ordenamiento jurídico penal las prevé en el Art. 105° del Código Penal Peruano promulgado en el año 1991, constituyendo una verdadera novedad por introducir una serie de medidas aplicables a las personas jurídicas cuando el

delito es cometido por personas físicas o naturales que actúan en ejercicio de las funciones de la empresa o utilizando a la organización para favorecer u ocultar las infracciones penales cometidas.

Las medidas que se enumeran son en términos generales: la clausura de la empresa, disolución de la sociedad, asociación o Fundación, y la suspensión provisional o permanente de las actividades de la persona jurídica. En nuestro entender, la controversia finalmente, se centra en discernir acerca de si estas consecuencias jurídicas que se imponen a las personas colectivas son medidas jurídico-penales que recaen en los entes corporativos (en cuyo caso serían considerados como sujetos de Derecho Penal o en otros términos, centros de imputación penal) o bien, se trata de consecuencias jurídico-administrativas no sancionatorias propiamente.

La discusión puede extenderse más allá del objeto del presente análisis, sin embargo, la finalidad aquí se orienta principalmente a dilucidar si la incertidumbre que se cierne respecto a la naturaleza jurídica de las consecuencias denominadas accesorias, conlleva a justificar de algún modo, la inoperancia que en la práctica, ocasiona su imposición en los diversos procesos penales que se han instaurado a consecuencia precisamente, de la actividad criminal de las personas jurídicas. En este caso las conclusiones a que se arribe, propiciarán un debate mucho más amplio y pormenorizado

que coadyuve a alcanzar propuestas de solución a dicha problemática que resulten fundamentalmente, viables.

En orden a lo señalado, queremos dejar sentado que actualmente tanto en el Derecho Penal vigente en nuestro país como en España (ordenamiento que hemos tomado como modelo en el presente estudio), las consecuencias jurídicas no son consideradas como penas propiamente ni las personas colectivas son catalogadas como sujetos activos del delito, ello en razón a que la culpabilidad sólo es reconocida en términos de atribución penal, a las personas físicas y no a las jurídicas. Desde luego, la reflexión en este punto conduce a replantear todo el sistema penal actual, examinando si su función está concretando los fines en los que se inspiró en relación a la punición y responsabilidad de los actores o sujetos activos del delito.

Desde esta perspectiva, consideramos que si bien la tendencia actual se orienta a admitir la culpabilidad de las empresas bajo un enfoque propiamente penal, también lo es que dicha tendencia se basa en una llamémosle “instrumentalización del Derecho Penal”, pues el objetivo en tal secuencia, consistiría en obtener a través de esta disciplina del Derecho, la imposición efectiva de sanciones o el anuncio de males inminentes ante la ocurrencia de eventos delictuosos a fin de evitar su comisión. El punto se torna así, central e impostergable, ya que conlleva necesariamente y en un futuro no muy lejano, al desarrollo de una innovadora teoría general del delito, que contemple, precisamente, cuestiones dirigidas a

solucionar la problemática de las consecuencias accesorias o medidas administrativas en la esfera de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El asunto en análisis conduciría finalmente, a definir un nuevo concepto dogmático acerca de la culpabilidad que alejado de los postulados clásicos, permita su atribución a los actores colectivos, postura que nosotros asumimos con cautela, pero conscientes a la vez, de su necesaria inserción dado el notorio fracaso que en la práctica, propicia la inadecuada imposición de las medidas accesorias desde un enfoque netamente administrativo.

Ahora bien, ¿qué proponemos respecto a la deficiente regulación de las llamadas consecuencias o medidas accesorias? . En primer lugar, se hace necesario admitir que no resultan funcionales para prevenir eficazmente la criminalidad que se comete en el interior y a través de la empresa precisamente porque se les confiere la calidad de “accesorias”, requiriéndose la previa imposición de una pena cuando la dificultad más notoria e infranqueable las más de las veces, consiste justamente en individualizar las responsabilidades en el seno de las personas colectivas.

En segundo término -atendiendo y apuntando hacia la necesidad de hacer coherente el sistema penal sancionador-, debe propugnarse la creación de un sistema de imputación penal y administrativo que sancione en la realidad, a la propia persona jurídica o moral. Se descarta por otro lado (y esto resulta una innovación a perfeccionar, sin lugar a dudas) la conexión exigida

en la actualidad en torno a la identificación del responsable y la comisión del hecho delictivo.

En tal línea de razonamiento, la responsabilidad de la empresa no va a depender más de la responsabilidad individual de determinados sujetos, los cuales no están impedidos de hacer uso – en su descargo obviamente- de las causas de justificación del delito referentes a atenuantes, eximentes, etc, sino que bajo esta visión, se considera al ente corporativo como un sujeto de imputación penal , atendiendo a parámetros tales como la funcionalidad social de la conducta, expresada en estas circunstancias, en la potencialidad del riesgo del sujeto para los bienes jurídicos objeto de protección penal, no siendo del caso reiterar nuestra preocupación acerca de la peligrosidad que ha asumido la criminalidad organizada económica en los últimos tiempos.

Cobra real sentido en atención a lo expuesto, la siguiente aseveración: *“Si las normas penales que protegen bienes jurídicos colectivos se dirigen fundamentalmente a empresas, es posible y necesario colegir que éstas deben considerarse comprendidas en el supuesto de hecho de estos delitos, pues de lo contrario, la norma perdería buena parte de su función de motivación y sus efectos preventivos.”* (Zuñiga, 2014)

Es necesario igualmente - en coherencia con las reflexiones que preceden- , orientarnos hacia un cambio de paradigma respecto a

las nociones tradicionales de las categorías de la dogmática penal, interesándonos sobremanera la referida a la culpabilidad, puesto que ésta ya no debe ser asumida como una condición absoluta e inmodificable, sino como una categoría de valor orientada principalmente, a satisfacer el fin social de protección preventiva de los bienes jurídicos en peligro, pues todo ello nos va a permitir finalmente dotar de visos de racionalidad al esquema tradicional de imputación en el caso de las personas jurídicas, y en dicho supuesto, se hace posible reformular- con las garantías de un debido Procedimiento Penal-, la punibilidad de los entes colectivos. El sistema sancionatorio propio de las personas jurídicas (PENAL O ADMINISTRATIVO) que se propone entonces como alternativa de solución, no debe diferir de los objetivos tendientes a aplicar una sanción realmente intimidatoria, pero dirigida especial y directamente a la persona jurídica.

Esto va a otorgar una ventaja comparativa consistente en el hecho de permitir sin mayor dificultad, cuando la infracción penal ha sido cometida por el ente corporativo y el injusto ha sido realizado materialmente por el sujeto individual (se soluciona así el problema de la individualización de responsabilidades al interior de la empresa o agrupación colectiva), diseñar un sistema de imputación paralelo que respete esencialmente las garantías que, siendo tradicionalmente propias del sistema penal aplicado a las personas individuales, también sea factible de observarse a cabalidad, sin restricción ni distingo alguno, respecto a las personas jurídicas.

Estas propuestas obviamente, plantean esencialmente responder a la demanda política- criminal respecto al desborde de la criminalidad económica, sin embargo, no dejan de lado en modo alguno, la plena observancia y respeto a las garantías de la imputación penal , ya sea de naturaleza penal o administrativa a aplicar a las personas jurídicas, pues ello constituye la inspiración y el basamento de todo Estado de Derecho que respete los derechos fundamentales de las personas como atributos inherentes e ineludibles a su condición inmanente de ser humano.

Creemos, a manera de reflexión final, que este breve análisis sólo constituye un inicial aporte que esperamos, conlleve a enfatizar el interés que despierta en la sociedad, la búsqueda a la solución de la problemática que significa la cada vez más creciente y organizada criminalidad económica y sus conocidos y perniciosos efectos para la comunidad en general y su máxima aspiración, el desarrollo en aras del bien común.

2.2. Sub Capítulo II: Los delitos ambientales en la legislación peruana

2.2.1. Los delitos ambientales en el Perú

El delito ambiental es un delito social, pues afecta las bases de la existencia social económico, atenta contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas y culturales, pone en peligro las formas de vida autóctonas en cuanto implica destrucción de sistemas de relaciones hombre - espacio.

Ab initio, debemos señalar que el conjunto de normas penales que sancionan conductas contrarias a la utilización racional de los recursos naturales, debe llevar intrínseca la condición formal de sancionar mediante penas tales conductas y, fundamentalmente, los tipos penales deben ser correctos y funcionales a fin de lograr una justa y eficaz protección del medio ambiente.

Se debe también considerar que si la acción legislativa penal - y no penal - carece de la base de una política planificadora, que sin duda exige un conocimiento detallado, en calidad y cantidad de los problemas ambientales actuales y su proyección, su eficacia será escasa, sea por falta de conocimiento de la realidad o por la elección de objetivos excesivamente ambiciosos.

El Derecho Penal, en cuanto instrumento protector del ambiente, es auxiliar de las prevenciones administrativas, y por sí solo carece de aptitud para ser un arma eficaz frente a las conductas de efectos negativos para el entorno en general; este Derecho, no es evidentemente el único recurso con que cuenta el ordenamiento jurídico para la corrección de las conductas que se consideran infractoras del mismo, pero sí representa el instrumento más grave. Es decir que la nota distintiva entre las sanciones penales y las otras, como por ejemplo las administrativas. Por tanto solo deben aplicarse sanciones penales en aquellos casos en los cuales, o bien no es suficiente la tutela que puede ofrecer otro sector del ordenamiento jurídico, o bien porque la gravedad del hecho

cometido denuncia como inoperantes otras medidas que no sean las penales.

En ese sentido, hay autores como BLOSSIERS HÜME que opinan que no es secundaria la naturaleza del Derecho Penal, puesto que aún cuando defienda bienes jurídicos o instituciones pertenecientes a otras ramas del Derecho; no se limita a enumerar sanciones meramente protectoras de diferentes realidades jurídicas, sino que antes de prever una pena, es el propio ordenamiento penal el que indica el ámbito de los comportamientos acreedores de tales penas. Por tanto, de ordinario la norma penal nunca está subordinada totalmente a lo que disponen leyes no penales; se resalta que el Derecho Penal es tan autónomo como las más tradicionales disciplinas jurídicas.

RODRÍGUEZ RAMOS afirma: "El Derecho Penal Ambiental es pues secundario, en el sentido que corresponde a las normas no penales el papel primario en su protección, y accesorio en cuanto a que su función tutelar solo puede realizarse apoyando la normativa administrativa que de modo principal y directo, regula y ampara la realidad ambiental".

POSTIGLIONE, citado por JAQUENOD DE ZSÖGÖN, en su tratado de Derecho Ambiental, sostiene que al hablar de delito ambiental, hace referencia a ilícito ambiental, y lo define diciendo que es en general el "Hecho antijurídico, previsto por el derecho positivo, lesivo del derecho al ambiente, o sea al aspecto esencial de la personalidad humana, individual y social, en relación vital con la

integridad y el equilibrio del ambiente, determinado por nuevos trabajos o acciones sobre el territorio y por alteraciones voluntarias, químicas o físicas o por cualquier otro atentado o perjuicio, directo o indirecto, o en uno o más componentes naturales o culturales y las condiciones de vida de los seres vivos.

El delito ambiental es un delito social, pues afecta las bases de la existencia social económica, atenta contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas y culturales, pone en peligro las formas de vida autóctonas en cuanto implica destrucción de sistemas de relaciones hombre - espacio.

La protección penal ambiental implica una nueva visión, donde el equilibrio ecológico y la calidad de vida son el sustratum jurídico protegido y en sí mismo valioso. La ley penal que contempla a la protección del ambiente tipificará las conductas que atenten contra la conservación, la defensa y el mejoramiento ambiental. El sistema punitivo se integrará con un conjunto de disposiciones jurídicas sustancialmente ambientales, que se referirán a todas aquellas conductas que, en mayor o en menor grado, lesionan el orden social con el menosprecio de los diferentes recursos naturales.

Es necesario contar con un sistema instrumental inhibitorio idóneo que impida que el daño suceda, bloqueando la acción ilícita y su dinamismo destructivo. La protección ambiental implica una nueva visión donde el equilibrio ecológico y la calidad de vida son el sustrato jurídico protegido y en sí mismo valioso.

La regulación penal de las conductas de efectos negativos para el ambiente, obliga a tipificar estos delitos como de peligro, con el fin de adelantar la protección penal a supuestos en los cuales aún no haya acaecido un efectivo daño o lesión al ambiente.

Ahora bien, cabe señalar que en lo que respecta a los delitos ecológicos, el bien jurídico protegido principal es el medio ambiente y accesoriamamente se desprende que al proteger el medio ambiente estamos protegiendo o tutelando la vida humana; cuestión que enuncia la doctrina germana e ibérica. Sólo recordemos el enunciado del principio "ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi ius", el cual propugna que sin un medio ambiente adecuado no podría existir vida, sin vida no habría sociedad y sin sociedad no existiría el derecho, por consiguiente el medio ambiente se constituye como un *prius* para la propia existencia del hombre y de todo cuanto existe en nuestro planeta.

BRAMONT - ARIAS TORRES, sostiene en su obra Derecho Penal - Parte Especial que "Bajo esta rúbrica de conductas delictivas que como punto en común presentan un mismo bien jurídico protegido, esto es el medio ambiente natural. Estas figuras preceden, no obstante, sistematizarse en tres grandes grupos: aquellas conductas que afectan en general a cualquier elemento del medio ambiente - flora, fauna, agua, aire; aquellas otras que suponen una lesión directa a especies protegidas, tanto en la fauna como en la flora; y por último, aquellas que implican una urbanización irregular o una utilización abusiva del suelo.

El autor acota además que, como cierre a este tema se prevé una medida cautelar frente al establecimiento de la actividad causante de contaminación, la cual no tiene un carácter sancionatorio strictu sensu, pero resulta acertada su previsión en el ámbito de estos delitos, teniendo en cuenta que estas conductas configuran una modalidad de criminalidad social, de cuello blanco; tal y como diría el maestro JIMÉNEZ DE AZÚA, caracterizada por el éxito económico del móvil que inspira su actuación ilícita, y en donde la pena, tradicionalmente considerada, carece de estímulo preventivo que pudiera gozar frente a otras formas de criminalidad; tal como lo señala HORMAZABAL MALAREE en su obra Delito Ecológico y Función Simbólica del Derecho Penal.

En suma, debemos señalar que en lo que respecta a la cuestión de la regulación de los delitos ambientales dentro de la legislación latinoamericana, ésta todavía se encuentra en pañales; toda vez que aún no se ha tomado una conciencia real de la problemática ambiental que aqueja a nuestras sociedades, y que de no ser frenada conllevaría a futuro, quizá, a la desaparición de la vida tal y como la conocemos.

Consideraciones sobre el derecho penal ambiental

El hombre en su desarrollo histórico ha penalizado las conductas que atentan contra sus principales derechos como ser social y es por ello que el derecho a vivir en un ambiente sano como un derecho humano básico, requisito y fundamento para el ejercicio de los

restantes derechos humanos, económicos y políticos, requiere la protección penal.

El Derecho Ambiental fue reconocido tardíamente por el Derecho y esto ha tenido sus limitantes al momento de condenar conductas que lesionan la biosfera. El desarrollo de las ciencias naturales precede el desarrollo de las ciencias sociales, es por eso que la relación existente entre Derecho Penal - Criminología y Ecología se ignoró durante mucho tiempo.

El Derecho Penal por sí solo no puede resolver el problema de dar protección jurídica al medio ambiente, sino que deberá recurrir necesariamente al Derecho Constitucional, al Derecho Administrativo y también al Derecho Privado. La magnitud del problema para el Derecho Penal está en resolver los vicios del Derecho Penal tradicional y rediseñar los contactos de éste con otras ramas del Derecho.

Cada Estado debe tener en primer lugar definida su política ambiental dirigida a la racional explotación, utilización y preservación de los recursos naturales, que no significa en modo alguno impedir el desarrollo, ni desaprovechar los recursos naturales.

El Derecho Tradicional generalmente reguló las relaciones hombre - hombre y no así las relaciones hombre - naturaleza, pues esencialmente se regulaban las relaciones patrimoniales y por eso es difícil reconocer los derechos colectivos o difusos que suponen una interrelación entre el hombre con la comunidad y el entorno que habita.

En los delitos ecológicos hay tres características muy importantes a definir:

- * La naturaleza de los sujetos de la acción: Los sujetos de la acción penalizable serían siempre el Estado, Transnacionales, Grandes Empresas, Corporaciones, o dependientes del poder administrativo.

- * Dañosidad Social: dada por la magnitud y consecuencias del impacto sobre el medio natural.

- *Abuso de Poder: se da en que muchas de estas actividades se producen por los sujetos antes mencionados.

Todo lo señalado hace que el derecho penal del medio ambiente tenga un grupo de características sui generis que hacen que se distinga del derecho penal tradicional, aunque no quiere decir que determinados principios doctrinales se mantengan de igual forma.

El derecho penal es un derecho de excepción, sólo debe aplicarse a los que cumplen con la conducta descrita en la norma, de allí que la punibilidad esté limitada a ciertas conductas perjudiciales para el medio ambiente. Toda conducta que no cumpla con los requisitos exigidos por la figura penal, no es punible, aunque si pudiera ser una infracción administrativa.

El legislador es uno solo, y no puede contradecirse en la elaboración de normas, que afecten a un mismo objeto jurídico, pero en distintos ámbitos de normatividad. El medio ambiente ya está regulado por el derecho, especialmente por el derecho administrativo y el derecho penal no puede prohibir lo que está expresamente permitido por el

derecho administrativo. Esto es una consecuencia natural del principio de unidad del ordenamiento jurídico, y con ello se trata de evitar la superposición de leyes o la contradicción entre las leyes. De modo que el derecho penal del medio ambiente debe atender a las normas y actuaciones de la administración pública.

Esta dependencia del derecho penal ambiental con relación al derecho y a la práctica administrativa, se denomina en la doctrina alemana "Accesoriedad Administrativa". De manera que las disposiciones penales no deciden por sí solas la existencia de un delito, sino que debe verificarse si una conducta es lícita o ilícita desde el punto de vista administrativo. Si la conducta es ilícita, o no está autorizada, o está expresamente prohibida, o la autorización ha sido revocada y además se cumplen los elementos objetivos y subjetivos del tipo, es una conducta punible, en el sentido del Código Penal. Por el contrario, si existe un acto administrativo válido vigente, opera éste como una causa de justificación, y la conducta es impune.

Otras características que aparecen como elementos nuevos, inéditos, de este tipo de comportamiento, según el estudio realizado son los de la "naturaleza de los sujetos de la acción" sean las grandes corporaciones, que son las que resultan autores de estos estragos, o el Estado directamente, a través de la decisión política de sus gobernantes, o a través de empresas mixtas o dependientes del poder administrador. El otro elemento fundamental es "la

dañosidad social" como un componente cualitativamente diferente del daño común de los delitos convencionales.

Tal como está enunciado este principio resulta difícil, en el sentido de que la reparación económica y ecológica de los daños ambientales no significa sin más la recuperación de los valores monetarios del bien sino que lo más importante es precisamente la recuperación o reparación del ecosistema dañado. Así por ejemplo, en diferentes legislaciones, las multas administrativas han alcanzado en algunos casos de contaminación cifras muy elevadas, siguiendo el sistema de la ley de sanciones administrativas, y el método de fijar una sanción que exceda la ventaja económica que el autor ha sacado de su infracción; lo cual ha impedido que continúe la contaminación casi irreparable por lo que la sanción penal puede jugar otro papel.

Consideraciones sobre el bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido por el Derecho Ambiental es el "Medio Natural" y el hecho social objeto de este derecho es el "Daño Ecológico", como consecuencia mediata o inmediata de la intervención del hombre en la administración de los recursos naturales y que afectan intereses difusos o colectivos, que están por encima de toda relación individuo - estado y porque su reparación pertenece como último radio a la sociedad.

El delito de peligro no es nada más que resultado riesgoso, potencialmente apto para provocar un daño. Es decir que desde el punto de vista penal, el resultado se satisface, se realiza, con sólo

consumar el riesgo que, a su vez, tiene que ser potencialmente apto para provocar después un daño (el daño también es otro resultado). Pero ya el riesgo es un resultado típico.

De modo que parece conveniente determinar desde la perspectiva de la necesidad de la pena qué es lo adecuado en relación al bien jurídico medio ambiente, esto es, si configurar los delitos como de lesión o puesta en peligro concreto. Al respecto en los bienes jurídicos colectivos tienden a producirse una confusión dogmática dada su reciente incorporación y su relación teológica con los bienes jurídicos directamente ligados a la persona. La doctrina tiende a señalar que han de configurarse como delito de peligro abstracto, pues considera el riesgo a la persona como lo fundamental, pero ese riesgo no es una característica del tipo, sino de la concepción general de los bienes jurídicos ligados al funcionamiento del sistema. Un funcionamiento inadecuado pone en riesgo a las personas, justamente por eso se configuran, por ejemplo, los delitos contra bienes jurídicos colectivos. Pero el bien jurídico colectivo si hemos señalado que es real y, por tanto, autónomo de los bienes jurídicos referidos a la existencia del sistema, quiere decir que tiene su propia estructura y, por tanto, puede ser afectado, ya sea por lesión o puesta en peligro concreta, sin necesidad de recurrir a los bienes jurídicos ligados a la existencia del

sistema, de ahí, entonces consideremos un delito contra el medio ambiente como un delito de peligro abstracto contra la salud individual o seguridad individual, pues con ello entonces se está

abandonando la autonomía y realidad del bien jurídico medio ambiente y retomando a la idea de su artificialidad.

Consideraciones sobre el tipo penal.

El tipo penal sería la conceptualización de las diferentes conductas que agreden o dañan el Medio Ambiente en un determinado nivel y que no admiten la persecución administrativa.

Tipos penales consagrados a reprimir la contaminación ambiental parecen dirigirse en mayor grado contra los usuarios finales de productos o tecnologías potencialmente contaminantes, dejando sin represión o sanción alguna a los diseñadores o productores comprometidos en la gestión de los mismos. Aquí podríamos analizar los fenómenos de la producción de armas, el transporte supersónico, nuevos plaguicidas, nuevos plásticos, proyectos de fuerza nuclear, proyecto de ingeniería, el represamiento de grandes ríos, la recuperación de tierras, proyectos de minería submarina, entre otros.

Consideraciones sobre tipos penales en blanco

Lo cierto es que los delitos ambientales tienen características propias de las nuevas tendencias del derecho penal, tal como los tipos penales en blanco. Los textos punitivos hasta hace unos años contemplaban conductas de regulación no muy complejas, lo que se apreciaba en los verbos rectores del tipo; sin embargo, la evolución del comportamiento social, como causa activante, trajo consigo la

aparición de nuevas formas delictivas, nos hallábamos sin formas de protección efectiva, produciéndose la consecuente impunidad de conductas realmente nocivas a la interacción social.

Los contratiempos aparecieron al momento de realizar la descripción típica, lo cualificado de la actividades ilícitas reguladas en sede penal producían serios problemas en la determinación de lo punible, aparece así las leyes penales en blanco (Blankett Strafgesetze) o leyes abiertas (Offen Strafgesetze) para determinar a aquellos tipos cuyo supuesto de hecho se encuentra establecido en otra norma, ubicada en el mismo o en otro cuerpo de leyes, como dice el maestro BRAMONT ARIAS: "La ley en blanco se limita a establecer que un género de conducta debe ser castigado con una determinada pena, delegando la estructuración de la acción punible en otra disposición".

Las posiciones contrarias a los tipos penales en blanco o abiertas se basan principalmente en sus implicancias contra el Principio de Legalidad, JESCHECK logra fundamentar de manera ilustre esta tendencia: "la teoría de los tipos abiertos debe, sin embargo, rechazarse, pues si el tipo se entiende como clase de injusto, pues sólo debe imaginarse como cerrado, ya que de lo contrario le faltaría, precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito", es decir, la tipicidad constituye un círculo que, para mantener su indemnidad, debe contener todos sus elementos, norma de conducta y

consecuencia jurídica, caso contrario, el círculo de tipicidad se mantendría abierto y resultaría afectado el principio de legalidad.

Es cierto que la materia prohibida no quedará determinado en todas sus circunstancias, pero frente a ello sólo habría dos alternativas igualmente erradas. Por una parte no legislar penalmente sobre el medio ambiente y dejar la materia sólo entregada a la autoridad administrativa y la otra alternativa errada sería legislar sobre el medio ambiente entrando a precisar en detalle todas las circunstancias del caso, con lo cual la ley se convertiría en un reglamento, con todas, las consecuencias negativas de ello, en primer lugar que jamás podría abarcar todas las condiciones y procesos cambiantes, que tendría que ser constantemente modificada si no quiere quedar prontamente obsoleta y que resultaría tan confusa y compleja que a su vez perdería las características básicas del principio de determinación y taxatividad, esto es, la claridad, sencillez, accesibilidad y certeza.

De ahí entonces, que la única opción viable es la ley penal en blanco, lo que en principio no tiene necesariamente que oponerse al principio de determinación, en la medida que el núcleo de lo prohibido, y en especial el comportamiento, esté claramente señalado en la ley.

Consideraciones sobre la naturaleza de los sujetos de la acción.

La evolución del derecho punitivo se encontraba orientada en favor de una concepción individualista de la responsabilidad penal, la

culpabilidad, la capacidad de acción y el padecimiento de pena, resultaban ser juicios atribuibles únicamente a la persona física, excluyendo, por lógica, cualquier posibilidad de punición de la persona jurídica. Un sector importante de la doctrina penal se aferra a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para ello se han valido de infinidad de argumentos.

En la sociedad industrial moderna, un volumen considerable de actividades económicas se diluye en la voluntad única de personas jurídicas. En consecuencia, una variada gama de acciones contra el ambiente y los recursos naturales es agenciada a través de esas voluntades empresariales o corporativas.

Sobre este aspecto es posible encontrar en el panorama jurídico internacional dos posiciones antagónicas, por una parte los países de tradición anglosajona en cuya legislación penal se reconoce a las personas jurídicas como eventuales sujetos activos del delito y susceptibles de imputación y responsabilidad penal y de otro lado, los países de tradición latino-francesa especialmente, en cuya legislación penal las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito. Sin embargo, al interior de su evolución doctrinal se recomienda extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas."

Dentro de la doctrina alemana podemos citar a TIEDEMANN para quien, si la persona jurídica posee capacidad para celebrar contratos puede, de la misma manera incumplirlos, es decir, puede también actuar de manera ilícita, más aún si se tiene en cuenta que muchas

normas jurídicas son aplicables a las personas jurídicas y, por ende, son capaces de producir los resultados exigidos por el tipo; la culpabilidad, según el jurista alemán se fundamenta en el defecto de la organización (“Organisationsverschulden oder Organisationsfehler”).

El tema de la responsabilidad de las personas jurídicas en el contexto analizado es de extrema importancia pues son ellas las principales causantes de la contaminación y destrucción de los ecosistemas; por lo tanto debe ser las que respondan de estas consecuencias. Para ello se ha propuesto por algunas legislaciones y autores el sistema de doble imputación como solución al problema.

Algunos sistemas legislativos han planteado la responsabilidad penal de la persona jurídica pero lo resuelven con el esquema tradicional del derecho penal convencional siguiendo el ejemplo de que la persona jurídica puede ser autora pero su responsabilidad real se hace recaer en los directivos y representantes que hubieran intervenido en la comisión del delito; es decir, da igual que pertenezcan o no a la persona jurídica pues se le aplica las reglas de la autoría y participación.

Respecto de las grandes corporaciones sabemos que los directivos cambian permanentemente; de manera que ese efecto puede recaer sobre algunas personas que en el momento en que se realiza el hecho, ya no están en la corporación. Y qué hablar de estas

situaciones cuando las decisiones sobre el hecho lesivo o delictivo no provienen de una empresa del país sino del exterior.

Se trata de un actuar inconsecuente y desproporcionado donde ha prevalecido el interés económico porque muchas de estas actividades se han realizado, precisamente, abusando del poder, sea de las corporaciones o del que confiere el Estado. Considerando que la responsabilidad debe extenderse a los funcionarios públicos que imparten permisos o autorizaciones ilícitas para inversiones etc., que en futuro mediano contaminen el medio natural o contrariando normas administrativas expresas.

Mientras que en el Derecho Penal convencional, la amenaza de la pena va dirigida a personas físicas, es decir a la población, en el Derecho Penal Ecológico, la intimidación debe ir dirigida especialmente a grupos de intereses, no a personas físicas, porque en las corporaciones, aunque estén representadas por personas físicas, lo que predomina es el interés económico del grupo, y no las personas individualmente consideradas. Las personas son fungibles, sustituibles. Lo que no es sustituible es el interés, el interés económico.

No se puede responsabilizar a todos los integrantes del órgano de la persona jurídica puesto que ello significaría aceptar el principio tan criticado de la responsabilidad objetiva; dicho de otro modo castigar a la persona jurídica en las personas físicas de la entidad pero tampoco parece razonable admitir que la persona jurídica, unidad autónoma, independiente de sus integrantes, quede impune.

Si se incorpora al Código Penal a las personas con este esquema, con esta división, lo que se puede hacer es procesar y hasta condenar a una persona jurídica y contemporáneamente determinar la responsabilidad personal de los miembros que hubieran intervenido. Este es el sistema llamado de doble imputación, que actúa en una doble vía; si la persona física resulta responsable, porque ha votado en el Directorio una decisión delictiva, esa persona, responsable, de acuerdo con el sistema del derecho penal convencional puede ir a prisión, etc., pero al mismo tiempo, paralelamente, el ente jurídico, la persona jurídica es responsable y puede ser condenada.

En este sistema de doble imputación, las sanciones específicas para las personas jurídicas sería la cancelación de la personería jurídica, la multa, la suspensión total o parcial de actividades, la pérdida de beneficios estatales (sobre todo los préstamos que a veces se conceden a las empresas), prestaciones obligatorias (realizar trabajos de bien común comunitarias, por ejemplo arreglar una calle), la publicidad de la sentencia condenatoria (fundamental porque esto tiene un impacto determinante en el ámbito social) y ciertas medidas de seguridad; por ejemplo: la creación de un consejo de vigilancia especial, determinado por el tribunal; la auditoría periódica de las actividades de la persona jurídica; la obligación de requerir autorización judicial para la realización de actos particulares.

2.2.2. El delito de contaminación del medio ambiente y la protección del bien jurídico protegido.

El análisis del delito de contaminación del ambiente tipificado en el art. 304 del CP no es un tema novedoso, varios juristas se han ocupado del mismo y existe incluso doctrina jurisprudencial vinculante de la Sala Permanente de la Corte Suprema respecto de los elementos normativos del tipo penal, sentencia que a su vez ha dado lugar a otras tantas discusiones y opiniones sobre el tema. La finalidad del presente artículo no es, entonces, dar una opinión más al respecto, sino dar un alcance desde la ocurrencia misma de los hechos, la praxis en el día a día de un despacho fiscal especializado en materia ambiental.

La Real Academia Española (2015), afirma que para empezar, a mi consideración, es primordial definir qué es contaminación y encontraremos, entre muchas, las siguientes definiciones: “acción y efecto de contaminar”, “es la introducción de sustancias en un medio que provocan que este sea inseguro y no apto para el uso”, “la contaminación se denomina a la presencia en el ambiente de cualquier agente químico, físico o biológico nocivos para la salud o el bienestar de la población, de la vida animal o vegetal” (IBÁÑEZ MARTÍNEZ. C. 2010, p. 155).

Bajo estos conceptos, es claro que cualquier circunstancia puede causar contaminación y muchas veces en las denuncias penales se plasma cualquier circunstancia como delito de contaminación del

ambiente; sin embargo, si bien ello podría tener connotación ambiental, no significa que necesariamente configuraría una infracción o falta administrativa ambiental y mucho menos configurará un delito de contaminación del ambiente. Por otro lado, ya remitiéndonos al CP, el art. 304 no señala como acción típica del delito contaminación ambiental “el que contamina”, o tal vez, “el que contamina y causa daño al ambiente”, esto último como para dar una justificación penal a la acción de contaminar: ello no opera así en el tema penal ambiental.

El art. 304 ha formulado un tipo penal, de acuerdo a mi apreciación, uno de los más complejos del CP, utilizando en primer lugar la técnica de la ley penal en blanco, al referirse a la infracción de leyes, reglamentos o límites máximos permisibles en adelante LMP, es decir, en un primer momento el tipo penal nos remite a normas extrapenales, a estas leyes, reglamentos y LMP que forman parte del marco normativo ambiental y que se encuentran además dentro de la política de gestión ambiental, como ya se ha señalado en el presente. Continuando con el análisis, se hace referencia a la provocación o realización de descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes, respecto de estas acciones se ha utilizado un “lenguaje técnico ambiental”, es decir no se trata de cualquier tipo de acción y menos aún se podría utilizar analogía al respecto ya que, además, la misma está proscrita en el derecho penal. (ANDALUZ WESTREICHER, 2013, p. 19-20)

Estas acciones son las que se realizan dentro de las actividades que pueden generar riesgos para el medio ambiente según el marco de gestión ambiental en el país y están directamente relacionadas a las leyes, reglamentos o LMP cuya infracción es condición para la comisión del delito. Por ejemplo, tenemos “límites máximos permisibles de emisiones contaminantes para vehículos automotores que circulen en la red vial”, dentro de esta norma se habla de los valores contaminantes de los gases emitidos por vehículos que utilizan combustible diésel y gasolina que, al ser superados, dan lugar a la posibilidad de causar daño al ambiente, entonces, la infracción de LMP en el presente caso está directamente referida a la provocación de emisiones de gases tóxicos, emisiones que la misma norma contempla. Otro ejemplo, el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, en su art. 3.f señala que emisión es el nivel de presión sonora existente en un determinado lugar originado por la fuente emisora de ruido ubicado en el mismo lugar, en este caso la infracción del reglamento se origina provocando o realizando emisiones sonoras que superen los estándares de ruido, emisiones y estándares contenidos en el propio reglamento (congreso de la República D. S. N.° 085-2003-PCM, 2003).

Un último ejemplo, la Ley de Recursos Hídricos en su art. 120 señala infracción en materia de aguas y el numeral 9 señala como tal el realizar vertimientos sin autorización, nuevamente encontramos la misma relación, es decir la norma que se infringe hace referencia a

la acción correspondiente, en este caso volvemos a repetir, se infringe la Ley de Recursos Hídricos al realizar vertimientos sin autorización. Seguidamente, el tipo penal señala cuáles son los elementos materia de afectación como consecuencia de las referidas acciones y solo estamos ante tres posibilidades: aire, agua o suelo, tres elementos del medio ambiente en su estado natural.

En cuanto al agua, se hace referencia a cuerpos de agua terrestres, marítimos o subterráneos, entonces estamos hablando de una afectación de ríos, mares, lagos, (cuerpos de agua natural) donde lógicamente el daño a este elemento del medio ambiente se torne grave o posiblemente grave y el tipo penal señala, además, que ello es según la calificación reglamentaria de la autoridad competente, apareciendo nuevamente la relación establecida en los dos elementos normativos del tipo penal ya mencionados, la infracción de normas que provoca a su vez acciones, y como ya existe una infracción ante la autoridad del sector competente, la calificación reglamentaria está referida a esta infracción que vendría a ser una redundancia en la redacción del tipo penal.

Sin embargo, al parecer el deseo del legislador es que, con esta reiterada referencia a la infracción de la norma administrativa y a la autoridad que la califica como tal, se ha querido establecer un límite en cuanto a la calificación de determinados hechos como delito de contaminación del medio ambiente, de tal suerte que no cualquier acción de afectación a este podría ser calificada como delito.

2.2.2.1. La gravedad de los ilícitos ambientales, según la calificación reglamentaria.

El tipo penal establecido en el art. 304 del CP dispone que la alteración, perjuicio y daño debe ser grave, y que el juez penal no será el que libremente decida si la afectación que la acción contaminante produce sobre el ambiente o sus componentes es grave o no, sino que lo determinará con base en la calificación reglamentaria realizada por la autoridad ambiental.

Con relación a ello, el art. 149 de la LGA dispone que en las investigaciones penales por los delitos ambientales será de exigencia obligatoria la emisión de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal.

Al respecto, es necesario mencionar que la calificación reglamentaria no debe relacionarse con este informe técnico fundamentado exigido por la LGA. El informe fundamentado solo contiene, entre otros aspectos formales, información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas o reportes presentados por los administrados involucrados en la investigación penal, es decir, describe cada circunstancia en cada caso concreto; por tanto, dicho informe no puede obtener la categoría de calificación reglamentaria, la cual se caracteriza por su aplicación general. En términos de GARCIA CAVERO (2008)

“no solo un informe técnico no es una calificación reglamentaria, sino que una de sus particularidades es que carece de carácter vinculante, lo que no se condice con el tenor del tipo penal que vincula la decisión del juez a lo dispuesto reglamentariamente por la autoridad ambiental” (p. 879)

En tal sentido, el juez deberá acudir a la reglamentación, ya sea específica o general, dada por la administración pública, en la que haya establecido que determinadas conductas ocasionan un perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental. Sin embargo, pese a ello, el juez previamente debe considerar algunos criterios de gravedad, como por ejemplo la probabilidad mayor o menor de lesión y la dimensión de la lesión previsible en función de la extensión del espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación o incidencia. (SILVA SANCHEZ, 1999, p. 79-80)

Asimismo, entre los supuestos de perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental establecidos en la reglamentación administrativa tenemos el D. S. N.º 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, cuyo numeral 2 del art. 147 establece las infracciones graves relacionadas al inadecuado manejo de los residuos sólidos que pueda generar afectación a la salud pública y al ambiente; las diversas ordenanzas municipales que fijan las infracciones por contaminación acústica según los decibeles excedidos; la normativa por exceso de LMP en efluentes y emisiones; la normativa emitida

por el OEFA referente a las actividades de su competencia (Resolución de Consejo Directivo N.º 035-2015-OEFA/CD, N.º 042-2015-OEFA/CD, N.º 043-2015-OEFA/CD), entre otras.

2.2.2.2. El principio de protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible.

El principio de desarrollo sostenible, además de ser piedra angular del marco normativo ambiental en nuestro país el cual aún se encuentra dentro de aquellos que están en vías de desarrollo, ha sido fundamento sustancial para ir generando lineamientos en lo que a políticas ambientales respecta. Se ha dispuesto en el art. 67 de la Const. Porque “el Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”. Uno de los instrumentos fundamentales de la política ambiental es el derecho y el Estado que, desde años atrás, viene elaborando una serie de normas con la supuesta finalidad de propiciar el crecimiento económico asegurando la satisfacción de necesidades de las actuales generaciones con el compromiso de no afectar la capacidad de satisfacción de las generaciones futuras, por lo tanto, el Estado propicia el desarrollo económico; sin embargo, las actividades o proyectos que lo promueven deben ejecutarse en cumplimiento de los compromisos ambientales que las circunstancias exijan y que se encuentran a su vez plasmados dentro del marco normativo ambiental.

Es así que en la variada normatividad ambiental encontraremos diversas formas de protección al medio ambiente, ya sea para

prevenir su afectación o para resarcir el daño causado al mismo: la Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611, que su Capítulo II se ocupa de la responsabilidad por el daño ambiental en normas administrativas sectoriales, también encontraremos tipificadas infracciones y sanciones para quien vulnera determinados elementos que conforman el medio ambiente; la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.º 27972, que en su art. 80 señala todas las funciones municipales referidas a la regulación y control de temas referidos a salubridad, saneamiento y salud, y dentro de estos temas también se hace referencia a la connotación ambiental de los mismos y de manera expresa al control de elementos contaminantes; finalmente, encontramos también el derecho penal que, en el Título XIII del CP ha tipificado como delitos, supuestamente y siguiendo los principios generales del derecho penal, los atentados más graves contra los valores ambientales. Por lo tanto, y sobre la base de lo señalado, podemos afirmar que existen en nuestro país diversas formas como autoridades a las que podemos acudir para iniciar una petición o acción legal cuando de afectación al medio ambiente se trata, de manera que la vía penal no es la única o la más efectiva, aunque en el entorno jurídico e incluso social sea la más conocida, sobre todo porque, ante la actual crisis política y social, el Estado ha decidido utilizar el derecho penal sobre criminalizando conductas para aplacar dicha crisis cuyo origen y fin está relacionado tal vez a políticas más profundas que las adoptadas, no siendo el derecho penal ambiental la excepción ya

que en setiembre del 2015 (Poder ejecutivo. D. Leg. N.º 1237, 2015.).

2.2.2.3. El delito de extracción ilegal de especies acuáticas.

a. El tipo penal

El delito de extracción ilegal de especies acuáticas, tipificado en el art. 308-B del CP, establece:

El que extrae especies de flora o fauna acuática en épocas, cantidades, talla y zonas que son prohibidas o vedadas, o captura especies sin contar con el respectivo permiso o exceda el límite de captura por embarcación, asignado por la autoridad administrativa competente y la ley de la materia, o lo hace excediendo el mismo o utiliza explosivos, medios químicos u otros métodos prohibidos o declarados ilícitos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años.

Los verbos rectores del art. 308-B del CP, denominado delito de extracción ilegal de especies acuáticas son *extraer* y *capturar*, entonces podemos afirmar que dichos verbos son los llamados a expresar la existencia de la acción o estado del sujeto activo del delito, determinando específicamente la conducta que debe ser sancionada, por ello resulta importante delimitarlos desde la óptica semántica lingüística.

El verbo *extraer*, del latín *extrahere*, significa poner algo fuera de donde estaba, mientras que el verbo *capturar* se define como

aprehender, apoderarse de cualquier persona animal o cosa que ofrezca resistencia.

En ese sentido, nuestro legislador ha utilizado ambos verbos para referirse a la actividad mediante la cual una persona desarrolla actividad pesquera extractiva ya sea en espacio marítimo como en el continental. (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Publico, 2014, p. 77)

Como podemos observar, el tipo penal establece una variedad de condiciones que deben cumplirse para que la acción de extraer o capturar una especie acuática sea considerada como delito; sin embargo, se trata de un tipo penal en blanco que requiere de su integración con otra norma de carácter administrativo.

b. Modalidades

Extracción de flora acuática

Mediante Resolución Ministerial N.º 264-2009-PRODUCE, del 25 de junio del 2009, se ha dispuesto que la actividad extractiva de las algas *Macrocystis*(sargazo, boyador o bolas) y *Lessonia* (aracanto o palo) se encuentra prohibida en todo el litoral peruano.

El problema recurrente que se presentan en esta modalidad típica es que tanto el tipo penal como la norma administrativa no establecen una cantidad mínima de flora que debe ser extraída. La unidad de medida de las algas es el peso, y este varía sustancialmente dependiendo de si aquellas se encuentran frescas o secas. En mi experiencia, hay oportunidades en las que se interviene a

pescadores con 20 kilos de algas y en otras con 5000 o 10000 kilos, en ambos casos reciben una multa administrativa y además se reprime penalmente estas conductas, pese a que en el primer caso la afectación al medio ambiente es ínfima.

Extracción de fauna acuática en épocas prohibidas o vedadas

Existen algunas especies acuáticas que en determinadas épocas o temporadas del año realizan su labor reproductiva, algunas de ellas incluso reducen sus mecanismos naturales de defensa precisamente porque están íntegramente dedicadas a su reproducción, es por esta razón que es necesario proteger a estas especies durante un periodo de tiempo determinado.

En el sur de nuestro país, un ejemplo recurrente de esta modalidad típica, es la extracción del recurso camarón de río en periodo de veda. En ese sentido, mediante Resolución Ministerial N.º 312-2016-PRODUCE *se prohibió la extracción, procesamiento, transporte, comercialización y utilización del recurso camarón de río *Cryphiops caementarius* y *Macrobrachium spp*, por el periodo comprendido entre el 20 de diciembre de cada año y el 31 de marzo del año siguiente. Al igual que en la anterior modalidad no se ha establecido una cantidad mínima del recurso en periodo de veda, para la configuración del tipo penal y se presentan caso en que se interviene a persona con 200 gramos de camarón y otras con 50 kilos, en ambos casos se imponen multas administrativas y sanciones penales, pese a que en el primer*

caso *únicamente* estaríamos hablando de 4 o 5 ejemplares de camarón.

Esta modalidad típica, además, ofrece otra variante que debe ser tomada en cuenta a efecto de establecer el grado de lesividad al bien jurídico, nos referimos concretamente al factor tiempo: En varias ocasiones se realizan operativos ambientales justamente el último o el penúltimo día de la veda del recurso, creándose la paradoja de que si se realizó la extracción del camarón el 31 de marzo del 2017 a las 22:00, sí se incurrió en el delito de extracción ilegal de especies acuáticas, pero si realizó esa conducta dos horas después ya no cometo ningún delito. La pregunta que surge a efecto de evaluar la lesividad es si el lapso de tiempo de veda que está pendiente al cumplimiento de la misma, realmente habría determinado alguna afectación a la reproducción de la especie, obviamente teniendo también en cuenta cantidad del recurso extraído.

Extracción de fauna acuática en tallas prohibidas o vedadas

Mediante Resolución Ministerial N.º 209-2001-PE se ha reglamentado las tallas mínimas para la extracción de diferentes especies de peces e invertebrados marinos, estas tallas han sido determinadas por el IMARPE (Instituto del Mar Peruano), que es un Organismo Técnico Especializado del Ministerio de la Producción, orientado a la investigación científica, así como al estudio y conocimiento del mar peruano y sus recursos, para asesorar al

Estado en la toma de decisiones respecto al uso racional de los recursos pesqueros y la conservación del ambiente marino.

Villavicencio F. (2006) establece que:

“El derecho penal se legitima solo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio el de mínima intervención penal conduce a la exigencia de utilidad. La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado de derecho [...]. Por eso, para que intervenga el derecho penal junto con sus graves consecuencias su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil de los derechos fundamentales”. (p. 18)

El criterio para establecer la talla mínima de captura se realiza teniendo en cuenta la talla en que la especie adquiere su madurez reproductiva y por tanto ha realizado el desove correspondiente que garantiza la permanencia de la especie, pues, de lo contrario, cuando se captura o extrae de peces o invertebrados marinos en tallas juveniles, se afecta directamente la perpetuidad de la especie.

Teniendo en cuenta que la pesca es una actividad que no permite tener una selectividad muy exacta a la hora de realizar la extracción de los peces se ha establecido un margen de tolerancia de cada especie que oscila entre el 10 % y el 30 %. A manera de ejemplo, podemos señalar lo siguiente: La talla mínima de captura del pejerrey es de 14 centímetros y tiene una tolerancia del 10 %, ello según lo establecido en la Resolución Ministerial N.º 209-2001-PE;

y, el 29 de junio del 2017, Pedro salió a la mar y realizó la extracción o captura de 1000 kilogramos de pejerrey, al llegar al puerto, personal inspector del Ministerio de la Producción, realizó la medida del recurso y logro establecer que 500 kilos de pejerrey no superaban los 14 cm establecidos como talla mínima de captura, es decir el 50 % de la pesca; por tanto Pedro habría incurrido en delito de extracción ilegal de especies acuáticos en tallas prohibidas ya que supero el limite tolerancia del 10 %. En otras palabras, de los 1000 kilos de pejerrey, hasta al 10 % es decir hasta 100 kilos podrían corresponder a una talla inferior a 14 cm. y no se configuraría el delito pero bastaría la superación de un solo punto porcentual para que la conducta sea típica.

En esta modalidad, en concreto, podemos observar que la norma administrativa al establecer un margen porcentual de tolerancia, ha pretendido de alguna manera introducir un criterio de proporcionalidad para no sancionar todas las conductas sino las más lesivas de acuerdo a la especie, no obstante ello igual se presentan incongruencias. Veamos el siguiente los siguientes ejemplos:

- a. Pedro realizó la extracción de un total de 1000 kilos de corvina, de las cuales 90 kilos eran de talla juvenil, no superaban los 55 cm. de longitud establecidos en la Resolución Ministerial N.º 209-2001-PE. Estos 90 kilos de corvina representan el 9 % del total de su pesca, y al encontrarse dentro del margen de tolerancia del 10 %, dicha conducta no es típica.

- b. Juan, un pescador artesanal, realizó la extracción de 100 kilos de corvina, de los cuales 11 kilos de este recurso no superaban los 55 cm. de longitud establecidos en la Resolución Ministerial N.º 209-2001-PE. Estos 11 kilos de corvina representan el 11 % del total de su pesca, por tanto superan el límite de tolerancia del 10 %, lo que significa que su conducta configura el tipo penal de extracción ilegal de especies acuáticas.

De ambos ejemplos, podemos concluir lo siguiente: En el primer caso, Pedro realizó la extracción en concreto de 90 kilos de corvina en tallas juveniles, pero dicha conducta deviene en atípica, pese a que definitivamente tendrá un mayor impacto en la supervivencia de la especie que la conducta de Juan, quien *únicamente* realizó la extracción de 11 kilogramos de corvina en tallas juveniles, y a pesar de ello deberá responder penalmente.

c. El principio de mínima intervención penal

Dejando de lado los problemas que hemos esbozado en torno a la política criminal en los delitos ambientales en nuestro país, no tenemos dudas respecto de que el derecho penal es una herramienta válida e importante para la protección del ambiente; sin embargo, con la finalidad de contribuir a solucionar las deficiencias anotadas, surge la necesidad de recurrir a la aplicación de los principios de mínima intervención penal y de lesividad, a efecto de evitar sanciones penales, en los casos donde no se haya producido una afectación o lesividad importante al bien jurídico protegido.

Al respecto, Márquez Buitrago (2007) señala: “Las carencias reputadas al derecho penal son justificadas a partir del principio de mínima intervención, por tanto, el derecho penal ambiental no puede convertirse en la panacea de la protección del ambiente, debe ser un recurso de última instancia en la intervención de las libertades individuales”. (p. 101)

En el mismo sentido, la Sala Especial de la Corte Suprema ha establecido que el principio de intervención mínima constituye un límite al *ius puniendi* del Estado, pues señala que se justifica la intervención penal siempre que esta sea necesaria e indispensable para el mantenimiento de la armonía social. Este principio está conformado a su vez por los sub principios de fragmentariedad y subsidiariedad (*última ratio*), entendiéndose que el principio de fragmentariedad establece que el derecho penal no interviene en la regulación de todas las conductas lesivas a los bienes que protege, sino solo en las modalidades más peligrosas. Así mismo, en cuanto al principio de subsidiariedad o *última ratio* señala que el derecho penal deberá intervenir exclusivamente cuando otros medios de control social hayan fracasado en el intento de salvaguardar el buen desarrollo de la sociedad. (Corte Suprema, A. V. N.º 09-2015-1, 2016, considerando 3.1.1.)

A decir de Villavicencio Terreros (2006): “[...] el derecho penal se legitima solo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio el de mínima intervención penal conduce a la exigencia de

utilidad. La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado de derecho [...]. Por eso, para que intervenga el derecho penal junto con sus graves consecuencias su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil de los derechos fundamentales”. (p. 92-93)

Es necesario recurrir al principio de mínima intervención penal para declarar la atipicidad de ciertas conductas de poca trascendencia social en las diferentes modalidades del delito de extracción ilegal de especies acuáticas aquellos casos en que las cantidades de las especies extraídas o capturadas, ya sea en época de veda o en tallas mínimas sean escasas. Más aún, si estas conductas, sí o sí, serán sancionadas administrativamente mediante las multas que en su momento deberán imponer el Ministerio de la Producción o las Gerencias Regionales de Producción.

Existen varios casos en la jurisprudencia nacional, donde se ha recurrido a la aplicación del principio de mínima intervención penal, para declarar la atipicidad de ciertas conductas de poca trascendencia social, básicamente estos casos estaban referidos al delito de peculado, siendo el tema central el escaso valor de los bienes indebidamente apropiados por los funcionarios públicos, otro argumento a favor para declarar la atipicidad de estas conductas es el referido a la existencia de otras vías alternas al derecho penal, tal como el procedimiento administrativo sancionador que en el caso concreto atendiendo a la mínima lesividad de los hechos permite una

solución del conflicto más satisfactoria tanto para el imputado como para la sociedad. (Corte Suprema, A. V. N.º 09-2015-1, considerando 3.1.1)

Considero que tratándose de las diferentes modalidades del delito de extracción ilegal de especies acuáticas que hemos desarrollado anteriormente, no existe óbice alguno para que los operadores jurídicos obtén por recurrir al principio de mínima intervención penal, para declarar la atipicidad de la conducta en aquellos casos en los que la cantidades de las especies extraídas o capturadas, ya sea en época de veda, o en tallas mínimas sean escasas. Además debe considerarse también que dichas conductas de todas maneras serán sancionadas administrativamente mediante las multas que en su momento deberán imponer el Ministerio de la Producción o las Gerencias Regionales de Producción.

2.2.2.4. El incumplimiento a las normas relativas al manejo de residuos sólidos

Los residuos sólidos ordinarios y los residuos sólidos peligrosos son causa de problemas ambientales en las áreas urbanas, rurales y especialmente en las zonas industrializadas de los municipios, ya que generan impacto ambiental negativo por el inadecuado manejo de los mismos y amenazan la sostenibilidad y la sustentabilidad ambiental. Es por esto que se debe tener especial cuidado en el manejo que se da a los residuos sólidos que generamos en nuestro hogar o en nuestro lugar de trabajo y estudio. Sin embargo, para entender mejor esta problemática, definamos qué son los residuos

sólidos: los residuos sólidos son sustancias, productos o subproductos en estado sólido o semisólido de los que su generador dispone o está obligado a disponer, es decir, se hace responsable de definir un destino para ellos. 2 Desde el momento en que disponemos nuestros residuos, estos empiezan un proceso de descomposición en subproductos que se presentan de manera líquida y gaseosa, recibiendo el nombre de lixiviados los que se descomponen en líquidos y de gases de descomposición los que se descomponen en gases.

El medio ambiente es considerado un bien jurídico protegido por el derecho penal al ser un espacio donde se genera o se perfecciona la existencia de los seres vivos, siendo en nuestra opinión uno de los pilares fundamentales del sostenimiento del planeta.

Sin embargo, tan solo el año pasado (07 de Mayo del 2014), la página web de RPP Noticias comunicó que la Organización Mundial de Salud emitió un informe donde se detectó que la ciudad de Lima, capital de nuestro país - Perú, cuenta con los peores índices de contaminación ambiental en América Latina.

A nuestro criterio, el principal responsable de la contaminación ambiental es el ser humano, ya sea como persona individual (persona natural) o a través de las empresas (personas jurídicas), sobre todo cuando se incumple con las normas relativas al manejo de residuos sólidos, ya que se presentan las tres conductas delictivas tipificadas en el artículo 306° del Código Penal peruano.

Es así que el primer párrafo del citado artículo precisa una sanción de pena privativa de libertad no mayor de cuatro años para todo aquel que sin autorización o aprobación de la autoridad competente, *establezca* un vertedero o botadero de residuos sólidos que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos.

No obstante, de acuerdo al citado tipo penal, si el sujeto activo actuó por culpa, será castigado con una pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Situación distinta ocurre en el supuesto de hecho tipificado en su tercer párrafo, pues se precisa una pena no menor de tres años ni mayor de seis años y con doscientos sesenta a cuatrocientos cincuenta días-multa, al agente que contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas, utiliza desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano.

Al respecto, pensamos que el artículo 306° del Código Penal, contiene una finalidad evidente, además de la prevención, vinculada con la protección de los siguientes bienes jurídicos protegidos: el medio ambiente para evitar su contaminación; la salud humana para evitar las enfermedades; y los procesos ecológicos para evitar, por ejemplo, la vulneración del ciclo de nutrientes o del agua.

Los residuos sólidos “(...) constituyen aquellos materiales desechados tras su vida útil, y que por lo general por si solos carecen de valor económicos (...)”. Nosotros lo definimos como los restos que el ser humano, en su particularidad, muchas veces

considera basura, tales como papeles, lo que queda de los alimentos (residuos sólidos orgánicos) o plásticos y desechos de construcciones (residuos sólidos inorgánicos); éstos pueden perjudicar gravemente el medio ambiente, la salud humana y los procesos ecológicos si son puestos en un botadero que no cuente con la aprobación de la autoridad correspondiente.

Se trata pues, de un delito de peligro, lo que en palabras de Claus Roxin “(...) supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción (...); en nuestras palabras, esto se justifica debido a que no es necesario esperar un resultado para que el poder punitivo del Estado sancione las conductas mencionadas, por cuanto no sería coherente ni responsable esperar un resultado lesivo cuando se tiene conocimiento del grave daño que una conducta puede provocar.

Tipos de residuos sólidos según su origen

Tipo de residuos sólidos	Origen de generación	Descripción	Ejemplo
Agropecuarios	En el desarrollo de las actividades agrícolas y pecuarias.	Envases de fertilizantes, plaguicidas, agroquímicos, los cuales son residuos peligrosos.	
De las actividades de construcción	En las actividades de construcción y demolición de obras, tales como: edificios, puentes, carreteras, represas, canales y otros afines.	Piedras, bloques de cemento, maderas, entre otros, mayormente conocidos como desmonte.	
De los establecimientos de salud	En los hospitales, clínicas, centros y puestos de salud, laboratorios clínicos, consultorios, entre otros afines.	Agujas, gasas, algodones, órganos patológicos, restos de comida, papeles, embalajes, entre otros.	
De instalaciones de actividades especiales	En infraestructuras, normalmente de gran dimensión, complejidad y riesgo en su operación.	Residuos de plantas de tratamiento de aguas residuales, puertos, aeropuertos, entre otros.	

Es más, el contenido del tipo penal forma parte de los delitos comunes; al respecto, Claus Roxin no enseña también que “(...) los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier persona (...)”. En efecto, de la literatura del tipo penal se advierte que el autor puede ser cualquier persona, en virtud a que no requiere de ninguna cualificación o calidad para perpetrar el hecho delictivo; salvo que sea un inimputable para lo cual el operador jurídico deberá revisar el artículo 20° del código penal.

Además de ello, se advierte que la conducta tipificada en el primer párrafo del tipo penal es dolosa, esto es, en palabras del maestro Raúl Peña Cabrera “(...) conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo (...)”. Es decir, el sujeto activo realiza voluntariamente la conducta sabiendo que la misma configura un delito.

Pero ello no quiere decir que la conducta citada en el primer párrafo del artículo 306° sólo será sancionada si es dolosa, pues el segundo párrafo de la misma, precisa que será también sancionado aquél que obra por culpa, es decir, la acción realizada cuyo aspecto subjetivo no contiene la intención de cometer el delito ni perseguirlo; por lo que entendemos que la conducta culposa también es sancionada debido a que el agente puede evitar el acto mediante la previsión.

Por otro lado, la conducta tipificada en el tercer párrafo de la norma penal sólo puede ser de comisión dolosa, asimismo, es un delito de peligro y forma parte de los delitos comunes.

Es por todo ello, que el incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos es un delito, ¡así que cuidado!, aquellas personas que realizan estas conductas (como se visualiza y se lee en los medios de comunicación) están cometiendo un delito, por lo tanto no infrinjan la norma y no configuren la tipificación.

Es menester finalizar, señalando que el ser humano puede evitar la consumación de este delito mediante el reciclaje (algo tan simple), pues todo aquello que para algunos es considerado basura puede ser convertido en un bien servible, eso es reciclaje y así se favorece al medio ambiente, reflexionemos, antes de quejarnos de la gente empecemos con nosotros mismos para poder enseñarles a combatir la contaminación ambiental.

Factores ambientales impactados por el mal manejo de los residuos sólidos A. Recurso hídrico: del recurso hídrico forman parte todos los cuerpos de agua que posee el planeta, tanto las aguas superficiales (ríos, lagos, lagunas, quebradas, océanos; nevados, glaciales) como las aguas subterráneas (pozos, manantiales). El proceso de contaminación de estos cuerpos de agua, causado por la mala disposición de los residuos sólidos, varía según los tipos de agua señalados: - Contaminación de aguas superficiales.

Se pueden contaminar con: a. Materia orgánica: la presencia de materia orgánica ($C_xH_yO_z$) a través de bacterias, microorganismos y

oxígeno genera compuestos que acidifican el agua, eliminan el oxígeno vital para la vida de las especies acuáticas y hace que las aguas para consumo humano se contaminen y generen problemas de salud.

4 b. Taponamiento y represamiento de caudales: la presencia de basuras, bolsas, colchones, escombros y cualquier elemento que pueda represar el cauce normal de un río o una quebrada puede afectar el flujo normal del agua. En casos muy particulares, como en crecientes repentinas o épocas de alto invierno, lo mismo que con la presencia de gran cantidad de residuos, estos cauces se represan, produciendo inundaciones y afectando a las familias aledañas a estos cuerpos de agua, con lo cual se dañan zonas de cultivo y se impacta negativamente la zona.

c. Altos costos de tratamiento: cuando las fuentes de agua se ven contaminadas por cualquier elemento, incluyendo los residuos sólidos, debe pasar por un proceso de tratamiento para que el ser humano pueda emplearla en su consumo, en el riego de cultivos o para cualquier actividad en la que se necesite emplear este recurso. Obviamente, estos procesos de tratamiento son altamente costosos y la comunidad que demanda estos recursos debe afrontar su pago.

d. Impacto en costas, ríos y mares: la presencia de residuos en la zonas de recreo y esparcimiento afecta ambiental, social y económicamente las zonas con basura, ya que se causa un deterioro ambiental en las costas, orillas y playas, se amenaza la flora y la fauna marina y fluvial y se afecta el turismo y las actividades económicas relacionadas, como la pesca y la recreación,

entre otras. - Contaminación de las aguas subterráneas. Ocurre debido a la filtración de lixiviados a través del suelo, que absorbe estos líquidos y los lleva hasta donde se encuentran las fuentes de agua. El tratamiento de estas fuentes de agua es altamente costoso y puede llegar a afectar comunidades que dependen únicamente de ellas para obtener este recurso, como sucede en las zonas desérticas. B. Recurso atmosférico: en su proceso de descomposición, los residuos sólidos generan malos olores y gases, como metano (CH_4) y dióxido de carbono (CO_2), que ayudan a incrementar el efecto invernadero en el planeta, aumentando la temperatura y generando deshielo en los polos. Este proceso de descomposición se puede controlar con una correcta disposición de los residuos sólidos a través de su incineración tecnificada, de su ubicación en rellenos sanitarios y/o en botaderos especializados. También los residuos sólidos pueden afectar el aire cuando son quemados de manera descontrolada, porque generan humos y material particulado que afectan el sistema respiratorio de los seres humanos y contribuyen al efecto invernadero, entre otros efectos negativos. C. Recurso suelo: es el recurso que más directamente se ve afectado por el inadecuado manejo de los residuos sólidos, ya que el ser humano a través de los años ha dispuesto en el suelo los residuos sólidos que ha generado. La contaminación de los suelos ocurre a través de diferentes elementos, como los lixiviados que se filtran a través del suelo afectando su productividad y acabando con la microfauna que habita en ellos (lombrices, bacterias, hongos y

musgos, entre otros). Esto cual lleva a la pérdida de productividad del suelo, incrementando así el proceso de desertificación del suelo. La presencia constante de basura en el suelo evita la recuperación de la flora de la zona afectada e incrementa la presencia de plagas y animales que causan enfermedades, como ratas, palomas, cucarachas, moscas y zancudos. D. Recurso paisajístico: aunque no es uno de los recursos usualmente más mencionados, el paisaje es uno de los más afectados por la incorrecta disposición de los residuos sólidos, ya que la constante presencia de basura en lugares expuestos deteriora el paisaje y afecta la salud humana ya que genera estrés, dolor de cabeza, problemas psicológicos, trastornos de atención, disminución de la eficiencia laboral y mal humor. Estos efectos obstruyen nuestro diario laborar y afectan nuestra calidad de vida, impidiendo que estemos en armonía con nuestro entorno y afectando a la comunidad en general. El creciente desarrollo urbano y, por ende, la gran concentración poblacional del país ha generado un deterioro del paisaje y de la calidad de vida por la falta de cultura en cuanto al manejo de los residuos sólidos.

Casos

Lima, 19 de mayo del 2014.- El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) ha presentado denuncias ante el Ministerio Público y la Contraloría General de la República por la inadecuada disposición de residuos sólidos en la provincia de Chincha, departamento de Ica. Esta actividad ha generado botaderos en una extensión de 196 hectáreas en la zona conocida

como “Pampa de Ñoco”, ubicada a 4,6 kilómetros de la ciudad de Chincha.

Se calcula que la zona es usada como botadero desde hace más de 20 años y recibe aproximadamente 99 toneladas de basura al día. Durante las supervisiones realizadas por el OEFA, desde el 2012 hasta el presente año, se constató la presencia de residuos hospitalarios altamente peligrosos, criaderos de cerdos, viviendas y personas que realizan actividades de segregación informal, sin contar con medidas de protección correspondientes.

La denuncia ante el Ministerio Público se ha interpuesto contra los funcionarios de la Municipalidad Provincial de Chincha, de las municipalidades distritales de Pueblo Nuevo, Sunampe, Grocio Prado, Tambo de Mora y Chincha Baja, así como contra los responsables de la conducción del Hospital San José de Chincha, centros médicos de apoyo y la Asociación de Porcicultores “Las Lomas”.

Cabe destacar que los denunciados serían responsables por la presunta comisión del delito de contaminación ambiental y de incumplimiento de normas relativas al manejo de residuos sólidos, así como por responsabilidad de funcionario público y de representante legal de persona jurídica.

La denuncia hecha ante la Contraloría General de la República se ha interpuesto contra los funcionarios de la Municipalidad Provincial de

Chincha por presunta responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las funciones de fiscalización ambiental.

El OEFA, al realizar ambas denuncias, ejerce su facultad como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, puesto que se ha verificado el incumplimiento de las recomendaciones formuladas por la institución desde junio del 2012.

2.2.2.5. La fragmentariedad en el delito de contaminación ambiental (artículo 304 del Código Penal)

El art. 304 del CP dispone lo siguiente:

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

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

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

2.2.2.6. Los organismos internaciones y su protección del medio ambiente en función a las políticas ambientales penalmente relevantes.

La OEFA

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es un organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio del Ambiente, encargado de la fiscalización ambiental y de asegurar el adecuado equilibrio entre la inversión privada en actividades económicas y la protección ambiental. El OEFA es, además, el ente Rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Sinefa).

El OEFA se creó en el año 2008 mediante Decreto Legislativo N° 1013 – Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación,

Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, e inició sus actividades de fiscalización ambiental directa en el año 2010.

La fiscalización ambiental que desarrolla el OEFA es un macro proceso integrado por las siguientes funciones:

La función evaluadora: comprende la vigilancia y monitoreo de la calidad del ambiente y sus componentes (*v. gr.* agua, aire, suelo, flora y fauna). Además, implica la identificación de pasivos ambientales del Subsector Hidrocarburos.

La función de supervisión directa: contempla la verificación del cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables. Asimismo, comprende la facultad de dictar medidas preventivas, mandatos de carácter particular y requerimientos de actualización de instrumentos de gestión ambiental.

La función de fiscalización y sanción: comprende la investigación de la comisión de posibles infracciones administrativas, y la imposición de sanciones, medidas cautelares y correctivas.

La función de aplicación de incentivos: mediante la cual se administra el Registro de Buenas Prácticas Ambientales y se otorgan incentivos para promover el sobrecumplimiento de la normativa ambiental.

A la fecha, se encuentran bajo la competencia del OEFA los sectores de minería (mediana y gran minería), energía (hidrocarburos y electricidad), pesquería (procesamiento pesquero industrial y acuicultura de mayor escala) e industria manufacturera (rubros de cerveza, papel, cemento, curtiembre, fundición de

metales, biocombustible, elaboración de bebidas, elaboración de azúcar y otros).

Las demás actividades económicas se encuentran bajo la competencia de las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) de ámbito nacional, regional o local, que conforman el Sinefa. Respecto de dichas entidades, el OEFA ejerce una función normativa y una función supervisora a las EFA.

En materia de Organismos Vivos Modificados (OVM), el OEFA es competente para la vigilancia, control, supervisión, fiscalización y sanción en cuanto al cumplimiento de obligaciones fiscalizables relacionadas a la liberación de OVM.

La fiscalización ambiental que realiza el OEFA promueve una protección ambiental efectiva a través de la transparencia, la participación ciudadana y la capacitación en fiscalización ambiental. Para ello, cuenta con el Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales (Sinada) mediante el cual todo ciudadano puede presentar una denuncia respecto a hechos que podrían constituir infracciones ambientales y realiza diversos talleres, foros, entre otros espacios académicos dirigidos a la población en general. La eficiente fiscalización ambiental del OEFA crea y fortalece lazos de confianza entre la población y las empresas. La pronta identificación de incumplimientos a la normativa ambiental previene la génesis de conflictos socioambientales, y en aquellos casos en los que persiste la conflictividad, el OEFA cumple un importante rol en la

gestión de los citados conflictos, brindando información técnica en los espacios de diálogo a efectos de facilitar la adopción de acuerdos.

2.2.2.7. La gestión ambiental en el Perú

En nuestro país, el sistema de gestión ambiental funciona de la siguiente manera: cualquier proyecto o actividad de inversión pública, privada o mixta y que sea pasible de causar impactos negativos en el ambiente deberá obtener como condición para su inicio o ejecución la aprobación de su instrumento de gestión ambiental, Estudio de Impacto Ambiental en adelante, EIA. Sin este requisito tampoco se podrá obtener licencia o autorización alguna, lo cual se encuentra estipulado en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su Reglamento (Congreso de la Republica, Ley 27446, 2001).

El instrumento de gestión ambiental, EIA, contiene compromisos ambientales como, por ejemplo, el tratamiento de efluentes, de descargas, etc., compensación o mitigación de impactos negativos en el ambiente causados por la actividad o proyecto y es a través de estos estudios o instrumentos de gestión ambiental que el Estado representado por determinadas autoridades u organismos puede fiscalizar el cumplimiento de tales compromisos y así supuestamente mantener una adecuada política ambiental orientada a la prevención de la afectación del medio ambiente. Las actividades que estaban en curso al momento de la dación de la norma tenían un determinado

plazo para adecuarse, es decir, también presentarían un instrumento de gestión ambiental de adecuación pasible de fiscalización.

Las autoridades administrativas que fiscalizan ambientalmente las actividades o proyectos sujetos al sistema nacional de evaluación de impacto ambiental dependiendo del sector al que pertenezcan, por ejemplo, sector minería, sector agricultura, sector producción tienen su propia política ambiental y con base en esta cuentan con normatividad que contempla infracciones y sanciones ambientales; asimismo, cada sector tiene particularidades técnicas, de acuerdo a las cuales se han diseñado determinados compromisos y obligaciones, como, por ejemplo, la exigencia de contar con un seguro ambiental en caso se susciten emergencias ambientales y tenga que ejecutarse un determinado plan de contingencia para la remediación del ambiente afectado. Es en este marco de gestión ambiental que la contaminación tiene diferentes formas de tratamiento, según sus causas y el grado de afectación, los cuales van desde amonestaciones hasta sanciones penales.

La Ley General del Ambiente expresamente señala que si bien los estándares de calidad ambiental son parámetros que se utilizan como referentes de gestión ambiental podrían ser utilizados para sancionar siempre que se establezca la causalidad entre la actuación y la trasgresión de los mismos.

2.2.2.8. Marco jurídico de la gestión ambiental

Artículo 13. Del concepto

13.1 La gestión ambiental es un proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país.

13.2 La gestión ambiental se rige por los principios establecidos en la presente ley y en las leyes y otras normas sobre la materia.

2.2.2.8.1. Concepto de gestión ambiental

Toda organización por definición se puede concebir como un sistema que requiere un conjunto de elementos interrelacionados que permiten que pueda funcionar según sus propósitos o razón de ser, es decir, que se pueda gestionar. Dicha gestión puede tener diferentes aristas o dimensiones, v. g. gestión financiera, social como también ambiental.

La gestión ambiental es un concepto polisémico (con diferentes acepciones) e interdisciplinario. Ha sido por momentos asociado meramente a la institucionalidad ambiental, otras veces a toda la gobernabilidad ambiental, entre otros. Sin embargo, hoy en día hay

cierto consenso básico de cómo aproximarnos a ella y, en parte, ello obedece al desarrollo técnico conceptual de las normas ISO 14000 pero pueden convertirse en un freno al conferirle un peso o una acepción tecnocrática in estricto. De ahí la necesidad de concebir sus múltiples alcances y cómo se articula con la política ambiental.

La familia de normas ISO 14000 comprende estándares internacionales en gestión ambiental. Proporciona a las organizaciones elementos necesarios para integrar a su gestión empresarial o institucional, para conseguir sus objetivos ambientales y económicos. No son conceptos legales, pero suelen ser juridificados en algunos casos. Mayormente, las normas se asumen como postulados de orientación para ser tomados de manera voluntaria por los agentes; sin embargo, ello conlleva como exigencia que se deben cumplir las exigencias legales en cada país, como mínimo para pretender adscribirse o ser reconocidos (certificados), bajo esta categorización de calidad ambiental (ISO 14,000).

Esta nueva dimensión de la gestión pública responde al desafío contemporáneo por buscar soluciones funcionales desde los aparatos u organizaciones, no solo públicas. Como sostiene Rodríguez, “La gestión ambiental parte de la necesidad de la sociedad de conservar y mejorar la “oferta y calidad ambiental”, es decir, de los recursos que sirven para satisfacer las necesidades de los seres humanos, y que son fundamentales como soporte de la

vida en la tierra. Ello conlleva el reto de detener y revertir el deterioro del medioambiente con el fin de preservar y mejorar su calidad para las futuras generaciones”. (RODRIGUEZ, 2017, p. 8)

2.2.2.8.2. El trípode de la gestión ambiental

a) Aproximaciones

La noción de gestión ambiental³ ha estado sujeta a múltiples usos y acaso abusos, de suerte que para muchos casos no siempre se encuentran consensos en cuanto a sus alcances, contenidos y elementos, generándose con ello una especie de “Babel discursiva”. En su momento en la región, uno de los criterios de mayor aceptabilidad es el propuesto por Raúl Brañes (1988), quien entendía la gestión ambiental como “el conjunto de actividades encaminadas a procurar una ordenación del ambiente y contribuir al establecimiento de un modelo de desarrollo sustentable”, trípode conformado por sus tres componentes esenciales: política, derecho y administración ambiental. (p. 19-36)

Desde el punto de vista “prenormativo” o “cuasidoctrinal”, a inicios de los noventa en la introducción de la propuesta de ley básica de protección ambiental y promoción del desarrollo sostenible que constituía una suerte de “exposición de motivos”, asumía por gestión ambiental al “conjunto de actividades del Estado dirigidas a la conservación, preservación, mejoramiento, recuperación y monitoreo del ambiente; las de intervención directa e indirecta en el ambiente natural y antrópico; y las del control de las actividades de los

particulares; ampliando su alcance al uso y aprovechamiento de los recursos ambientales, sean públicos o privados, que hacen los particulares” (PNUMA, 1993, p. 7).

Precisamente, por su carácter holístico y transectorial, la gestión ambiental para el desarrollo sostenible no puede ser concentrada en una sola área de la administración pública. Ciertamente, a partir de este criterio tan lato como válido, los instrumentos para la gestión ambiental habrán de multiplicarse de manera notable.

El mismo Brañes nos advertía que si bien la gestión ambiental tiene en el trípode mencionado sus componentes básicos; sin embargo, supone “un conjunto de actos normativos y materiales que buscan una ordenación racional del ambiente y que van desde la formulación de la política ambiental hasta la realización de acciones materiales que tienen ese propósito” (Brañes 1988: 23).

De ahí que el análisis de la política (diseño, ausencias de política de desarrollo, insuficiencia de mecanismos legales y administrativos, entre otros), el Derecho (ineficacia normativa, imprevisión, desconocimiento de la heterogeneidad de realidades, falta de conciencia ambiental, etc.) y la administración (sectorialización y debilidad institucional, centralización, ausencia de participación ciudadana, es decir, una inadecuada organización institucional para la sostenibilidad) ambientales, debiera conducir a una reformulación radical de dicha gestión (Ibid.), como consecuencia de revertir progresivamente estos limitantes en cada uno de sus componentes. Sin este rediseño, lo “jurídico ambiental”, que está inscrito en el

conjunto de instrumentos gestores y mecanismos de control ambiental, tampoco tendrá un conveniente derrotero.

b) Sujetos de la gestión ambiental

De ordinario, la noción de gestión ambiental se presenta como una dimensión o función evolutiva de los Estados y de sus políticas que tienen que responder a los crecientes desafíos ambientales. Por ello, es que dicha gestión ha tendido a identificarse como una responsabilidad fundamentalmente de carácter gubernamental, expresada a través de las decisiones y orientaciones (políticas ambientales), decisiones normativas y en sus estructuras institucionales y competencias (administración ambiental).

Sin embargo, una concepción lata y moderna de gobierno o gestión gubernamental nos reconduce a ampliar dicha noción a un espectro mayor, en donde si bien es cierto el Estado representa el eje a partir del cual se ordenan los diversos sujetos sociales (la sociedad civil), serán estos quienes empezarán a adquirir un mayor protagonismo en el quehacer ambiental y ya no solo el Estado. (TRAZEGNIES, 1994, p. 170-180)

De otra parte, cabe advertir que paralelo a ello se presentan las diversas dimensiones ambientales supraestatales, en una especie de gestión ambiental internacional, regional o global. Recordemos que el propio informe Bruntland aludía a la “gestión de los espacios comunes”. Asimismo, desde una dimensión “micro” habría todo el escenario de la gestión ambiental de la empresa u otras organizaciones.

Todo lo cual nos estaría confirmando esta percepción plurisubjetiva y pluridimensional– acerca de los agentes responsables del quehacer o gestión ambiental. Por tanto, los sujetos de la gestión ambiental a nuestro modo de ver– vendrían a ser los diversos agentes de una dimensión ambiental determinada. Por ejemplo, los sujetos de la gestión ambiental local: pequeñas empresas, municipio, vecinos, clubes, comuneros, etc.

c) Objeción metodológica al trípode

Creemos, sin embargo, que dicho trípode tal como lo plantea Brañes representaría una simplificación utilizada exprofesamente como modelo o instrumento a efectos de destacar la función que le compete al derecho en el marco de la gestión ambiental en general. Así, por ejemplo, no creemos que sea menos esencial –salvo que estemos ante una aplicación más jurídica, y aun así– la cuestión tecnológica o educativa. Por el contrario, desde una perspectiva educativa, la gestión ambiental probablemente no le asignaría de modo indispensable el estatus de “elemento esencial” al derecho. De esta manera, podríamos aludir en relación con otras “perspectivas” extrajurídicas.

d) Conclusión

La gestión ambiental representa el quehacer ambiental correspondiente a un nivel u ordenamiento social (local, nacional o internacional), cuyos componentes esenciales para los efectos de la disciplina iusambiental lo constituyen la política, el Derecho y la administración ambiental.

2.2.2.9. Sobre el proceso peruano

Cono decíamos en la introducción, a partir de las normas sobre promoción a las inversiones, en particular con la Ley Marco para el Crecimiento de las Inversiones Privadas, D. Leg. N.º 757 (1991), se produjeron importantes modificaciones al CMARN, que marcarán el rumbo del sistema jurídico ambiental hasta nuestros días, desencadenando un proceso de especialización normativo sectorial en materia ambiental (vg. autoridad ambiental, Estudios de Impacto Ambiental, Límites Máximos Permisibles, Ordenamiento Ambiental, etc.). Además de derogar normas sobre delitos ambientales, el Sistema Nacional del Ambiente, etc.,

En resumen, luego de una suerte de proceso de hipersectorialización normativa, en que cada sector desarrollaba sus propios instrumentos y mecanismos institucionales, en virtud del mandato establecido por el Decreto Legislativo N.º 757, progresivamente y acaso paralelamente, se fueron desarrollando normas orientadas a una integración transectorial –o que moderaba en parte dicha transectorialización– lo cual será redondeado mediante la Ley Marco del Sistema Nacional Gestión Ambiental, Ley N.º 28245 del 8 de junio del 2004 –y su Reglamento respectivo- y coronado con la expedición de Ley General del Ambiente (Ley N.º 28611 del 15 de octubre del 2005) que deroga al CMARN.

En nuestro sistema legal el término gestión ambiental empieza a surgir bajo el enfoque de sistema de gestión ambiental en el marco del proceso de desarrollo de las experiencias de la Ley del Consejo

Nacional del Ambiente (CONAM) Ley N.º 26410, en que ya aludía al Sistema Nacional de Gestión Ambiental. La primera parte del artículo es ciernes es una réplica del artículo 7 del Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

2.2.2.10. Alcances del dispositivo

- Proceso permanente y continuo

Para su interpretación podríamos aludir en analogía a lo que dispone la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización en su artículo 4 sobre los principios generales:

La descentralización se sustenta y rige por los siguientes principios generales:

a) Es permanente: Constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, cuyo efecto vinculante alcanza a todos los Poderes del Estado, Organismos Constitucionales Autónomos y al gobierno en su conjunto.

b) Es dinámica: Es un proceso constante y continuo, se ejecuta en forma gradual por etapas, previendo la adecuada asignación de competencias y la transferencia de recursos del nivel central hacia los gobiernos regionales y los gobiernos locales; promueve la integración regional y la constitución de macro regiones. Exige una constante sistematización, seguimiento y evaluación de los fines y objetivos, así como de los medios e instrumentos para su consolidación.

- Conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades

Estos componentes de alguna manera ya los hemos abordado al trabajar por ejemplo los principios en varios pasajes del presente estudios. Las normas técnicas se verán más adelante, pero valga la oportunidades para afirmar que no necesariamente son normas jurídicamente que obliguen, aunque dependerá de las normas jurídicas que así lo consignent. Los procesos, son el “Conjunto de actividades interrelacionadas y que interactúan, que transforman las entradas y salidas” (Normas ISO 14050). Las actividades en este caso es un término abierto que tomará contenido según el contexto concreto al que nos queramos referir.

- Administrar intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental

Texto muy retórico que alude a componentes finalísticos y funcionales de los objetivos de la política ambiental que dejan toda una textura abierta interpretativa y acaso discursiva.

- Principios que rigen la gestión ambiental

Para tales efectos la mención más directa corresponde a la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, en su artículo 5 (De los Principios de la Gestión Ambiental):

La gestión ambiental en el país, se rige por los siguientes principios:

- a. Obligatoriedad en el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental, el Plan y la Agenda Nacional de Acción Ambiental y las normas transectoriales que se dicten para alcanzar sus objetivos;
- b. Articulación en el ejercicio de las funciones públicas, de acuerdo con el carácter transectorial de la gestión ambiental;

- c. Coherencia, orientada a eliminar y evitar superposiciones, omisiones, duplicidades y vacíos en el ejercicio de las competencias ambientales;
- d. Descentralización y desconcentración de capacidades y funciones ambientales;
- e. Simplificación administrativa, a fin de unificar, simplificar y dar transparencia a los procedimientos y trámites administrativos en materia ambiental;
- f. Garantía al derecho de información ambiental;
- g. Participación y concertación, a fin de promover la integración de las organizaciones representativas del sector privado y la sociedad civil en la toma de decisiones ambientales;
- h. Promoción y apoyo a las iniciativas voluntarias dirigidas a la prevención de la contaminación;
- i. Promoción de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos ambientales;
- j. Priorización de mecanismos e instrumentos de prevención y producción limpia;
- k. 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 plantee el análisis científico disponible. Las medidas

deben adecuarse a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción. La autoridad que invoca el principio precautorio es responsable de las consecuencias de su aplicación;

l. La inversión nacional y la extranjera se sujeta a las mismas condiciones y exigencias establecidas en la legislación ambiental nacional y en la internacional, aplicable al Perú;

m. Complementariedad entre los instrumentos de incentivo y sanción, privilegiando la protección efectiva, la eficiencia, la eficacia, la prevención, el mejoramiento continuo del desempeño ambiental y la recuperación y manejo del pasivo ambiental o zonas ambientalmente degradadas;

n. Valorización e internalización de los costos ambientales, bajo el principio contaminador-pagador;

o. Permanencia, continuidad y transparencia de las acciones de fiscalización; y,

p. Articulación del crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, para el logro del Desarrollo Sostenible.

2.3. Análisis a la Ley 29263

La Ley N° 29263 modifica el Título XIII del Código Penal referente a los delitos contra el Medio Ambiente en los siguientes términos.

En lo referente al artículo 304º, el legislador ha realizado una mayor especificidad de los supuestos comprendidos como Contaminación del Medio Ambiente así como una mayor sanción que oscila ahora

entre cuatro y seis años de pena privativa de la libertad cuando el agente actúa con dolo y cuando actúa con culpa la pena será no menor de tres años de pena privativa de la libertad. Por su parte, el artículo 305º, que contempla las formas agravadas del delito mencionado, ha agregado dos supuestos; I) el falsear u ocultar información sobre el hecho contaminante a la autoridad competente o fiscalizadora y, II) el obstaculizar o impedir la actividad fiscalizadora de la autoridad competente, ambos supuestos sancionados con una pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años.

El artículo 306º regula el supuesto de Incumplimiento del manejo de residuos sólidos, el mismo que contempla dos formas de configuración del delito: i) el establecer, sin la autorización de la autoridad competente, un vertedero o botadero de residuos sólidos, sancionado con una pena de no mayor de cuatro años de pena privativa de la libertad y ii) el utilizar desecho sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano cuya pena fluctúa en no menos de tres años ni más de seis años de pena privativa de la libertad.

Respecto al artículo 308º, éste regula el Tráfico ilegal de especies de la flora y fauna, sancionando al que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta productos o especímenes de especies de flora silvestre no maderable y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, sin un permiso o certificado válido, cuyo origen no autorizado conoce o puede presumir, con una

pena no menor de tres años ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad. Las especies de la flora y fauna comprendidas en el ámbito de protección, son todos aquellos organismos vivos de cualquier fuente, incluyendo, entre otros, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte. Del mismo modo, es importante mencionar que se entiende por especies de la flora silvestre no maderables, a aquellos bienes de consumo derivados de los ecosistemas forestales, excluyendo aquellos procedentes de la madera o de la corta de árboles. Estos productos cumplen un rol vital en la generación de alimentos, medicina, empleo, ingresos, forraje, entre otros.

Los artículos 308º A, 308º-B, 308º-C y 308º-D, recientemente incorporados, amplían el marco de protección y recogen de manera detallada los supuestos de tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre protegida, la extracción ilegal de especies acuáticas, la depredación y el tráfico ilegal de recursos genéticos, los cuales se definen como todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial. Por su parte el Art. 309º contiene las formas agravadas, entre las cuales merece especial atención el inciso tres que agrava la pena de los delitos contenidos en los artículos 308º, 308º-A, 308º-B y 308º-C cuando los especímenes, productos o recursos genéticos materia del ilícito penal, provienen de las reservas intangibles de comunidades nativas o campesinas o pueblos indígenas en situación

de aislamiento o de contacto inicial, según corresponda. Se entiende por reservas intangibles todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, perteneciente a las comunidades nativas y campesinas, las cuales no pueden ser extraídas ni comercializadas ilegalmente.

En lo referente al artículo 310º, éste ha ampliado los supuestos recogidos inicialmente, a sancionar a aquel que destruye, quema, daña, tala en todo o en parte bosques u otras formaciones boscosas. Por su parte el artículo 310º-A sanciona al delito de tráfico ilegal de productos forestales maderables entendiéndose por estos, los que provienen directamente del aprovechamiento de la madera de árboles de especies forestales: madera, así como los productos y derivados que se obtengan de la transformación de ésta. Este tipo penal se encuentra sancionado con no menos de tres ni más de seis años de pena privativa de la libertad, igual sanción recibirán los que financian estas operaciones de modo que sin su cooperación dichas actividades no se hubieren podido realizar. Por otro lado, quedarán exentos de cualquier sanción aquellos que actúen basados en una diligencia razonable y con información expedida por la autoridad competente así ésta sea posteriormente declarada nula.

El artículo 310º-B sanciona a aquel que obstruye o impide una investigación, auditoría o procedimiento en relación con la extracción, transporte, venta, entre otros de especímenes de flora y fauna silvestre protegidas con una pena no menor de dos ni mayor

de cinco años de prisión. La pena se agrava a no menos de cuatro ni más de ocho años de pena privativa de la libertad si el agente emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o persona que preste asistencia en materia de recursos naturales. Por su parte el Artículo 310^o-C contempla las formas agravadas de los artículos 310^o, 310^o-A y 310^o-B agravando la sanción con no menor de cinco ni mayor de ocho años de pena privativa de la libertad. Cabe agregar que los artículos 310^o, 310^o-A, 310^o-B y 310^o -C entraran en vigencia a partir del 1 de enero de 1999.

En lo relativo con los artículos 311^o (Utilización indebida de tierras agrícolas) y 312^o (Autorización de actividad contraria a los planes o usos previstos por la ley) se mantiene básicamente el tipo penal con la atenuancia que la sanción se ha agravado a una pena de no menor de dos ni mayor de cuatro años de prisión.

El artículo 314^o contempla la responsabilidad del funcionario público por el otorgamiento ilegal de derechos o licencias con una pena privativa de la libertad de no menor de tres ni mayor de seis años, igual pena se le aplicará en caso actúe con negligencia inexcusable o cuando falte gravemente a sus obligaciones. No nos parece adecuado que se sancione con la misma pena a un tipo doloso como a uno culposo pues no se está aplicando correctamente los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de las penas máxime si tenemos en cuenta que para el supuesto de culpa el legislador equivocadamente agrega “o cuando falte gravemente a sus obligaciones” cuando este supuesto ha sido ya contemplado en el

párrafo precedente relativo al tipo doloso. Lo único que se genera es una terrible confusión y duplicidad de supuestos.

Por su parte el artículo 314º-A contempla la responsabilidad penal de los representantes legales de las personas jurídicas de conformidad con las reglas contenidas en los artículos 23º y 27º del Código Penal. Este artículo nos parece innecesario en la medida que los citados artículos al pertenecer a la parte general se aplicaran a la parte especial (descripción de los tipos penales) como en el presente caso, resultando por tanto redundante. El artículo 314º-B sanciona al que conociendo o pudiendo presumir la falsedad o la inexactitud, suscriba o realice estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal u otro documento de gestión forestal, exigido conforme a ley, en los que se incorpore o avale información falsa o inexacta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años.

Por su parte el artículo 314º-C contempla una serie de medidas cautelares que podrá dictar el Juez como la suspensión inmediata de las actividades así como la incautación de los especímenes presuntamente ilícitos o el allanamiento del lugar donde se esté cometiendo el ilícito.

El artículo 314º-D ha diseñado una suerte de colaboración eficaz pues indica que el que, encontrándose en una investigación fiscal o en el desarrollo de un proceso penal, proporcione información veraz, oportuna y significativa sobre la realización de un delito ambiental, podrá ser beneficiado en la sentencia con reducción de pena,

tratándose de autores, y con exclusión de la misma para los partícipes, siempre y cuando la información proporcionada haga posible alguna de las siguientes situaciones: i) evitar la comisión del delito ambiental en el que interviene; ii) promover el esclarecimiento del delito ambiental en el que intervino; iii) la captura del autor o autores del delito ambiental, así como de los partícipes.

Por su parte, vemos que el nuevo artículo 149° de la Ley General del Ambiente ha introducido dos temas muy importantes: a) la exigencia obligatoria de evacuar un informe por la autoridad, y b) la posibilidad de denunciar por denuncia calumniosa en caso la investigación penal sea desestimada. Al respecto, debemos señalar que ahora se indica textualmente, que el informe debe evacuarse (...) antes del pronunciamiento del Fiscal Provincial (pensando en el Código de Procedimientos Penales) o Fiscal de la Investigación Preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal (pensando en el nuevo Código Procesal Penal), sin hacer mención al contenido del mismo. Esto nos lleva a deducir diversas premisas, como por ejemplo: el fiscal debe esperar el informe para emitir un pronunciamiento?, recordemos que la Ley N° 28611 sí indicaba que la formalización de la denuncia por estos delitos requería opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental, es decir, sí debía esperar, pero con la nueva disposición no lo tenemos claro. Otra premisa que se nos ocurre es con respecto al plazo: si la ley indica que existen 30 días para emitir el informe, contados desde la recepción del pedido fiscal hasta los siguientes 30 días, pero luego

habla de que se debe emitir el informe antes del pronunciamiento del Fiscal, es decir desde que llega el pedido del Fiscal hasta antes del pronunciamiento fiscal; se trata acaso de dos plazos? Finalmente, esperamos que el Reglamento que debe emitirse dentro de los 90 días a partir de la entrada en vigencia de la Ley (según la primera disposición final de la Ley), aclare estos puntos para así evitar confusiones.

CAPITULO III.- RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.

3.1. RESULTADOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD PENAL AUTÓNOMA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Resultados obtenidos sobre si considera que existe responsabilidad penal de la personas jurídica en función a los delitos ambientales en la región Lambayeque.

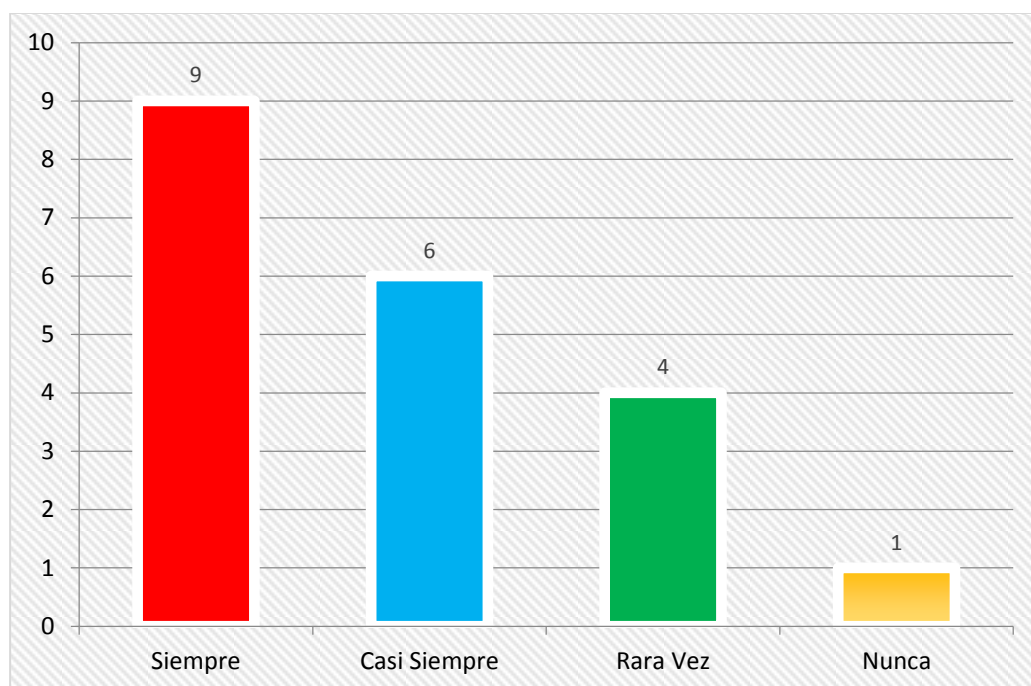


Figura 1: responsabilidad penal

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si considera que existe responsabilidad penal de las personas jurídicas en función a los delitos ambientales en la región Lambayeque, se tiene que el 45% considera **Siempre**, mientras que el 30% **Casi Siempre**, por otro lado el 20% a **Rara vez**, y de igual manera el 5% refiere que **Nunca**.

Resultados sobre, si considera en función a las normativas existentes para poder vivir en un ambiente saludable es necesario implementar mejores de control para las empresas públicas y privadas en relación al cuidado del ecosistema.

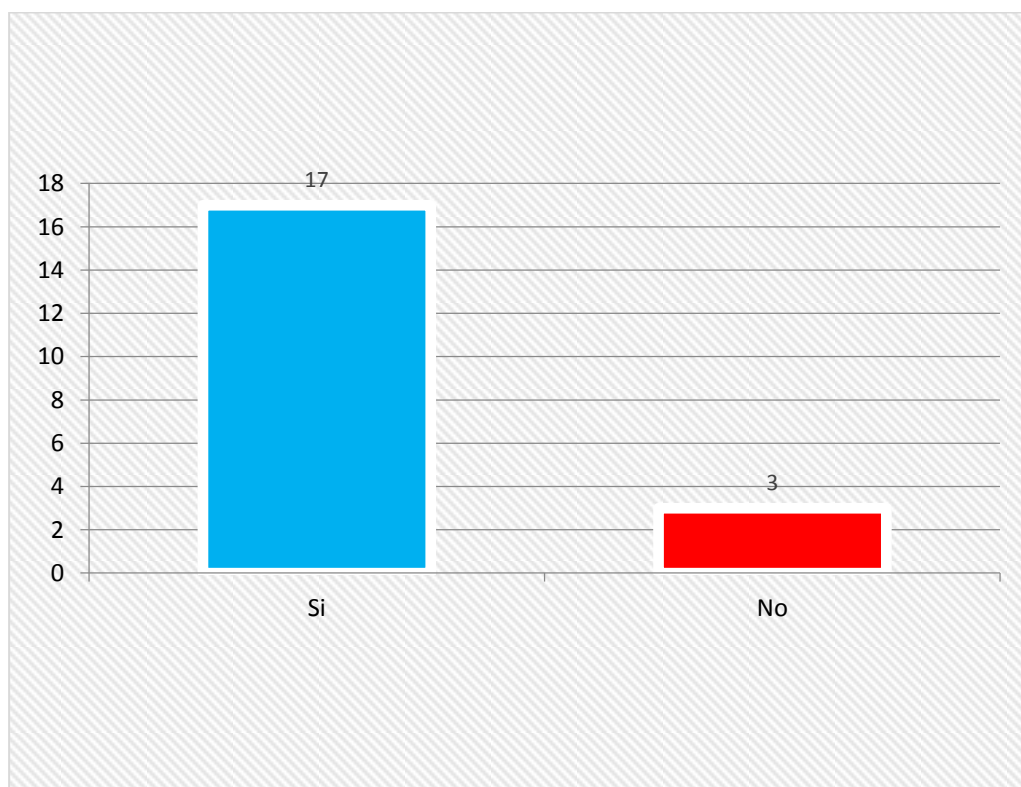


Figura 2: norma existente

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos si considera en función a las normativas existentes para poder vivir en un ambiente saludable es necesario implementar mejores de control para las empresas públicas y privadas en relación al cuidado del ecosistema, el 85% refiere que **Si**, del mismo modo para el 15% **No**.

Resultados sobre si considera que la fragmentariedad de la ley penal, podrá ayudar de manera específica a poder determinar los delitos más relevantes que originen daño al ecosistema.

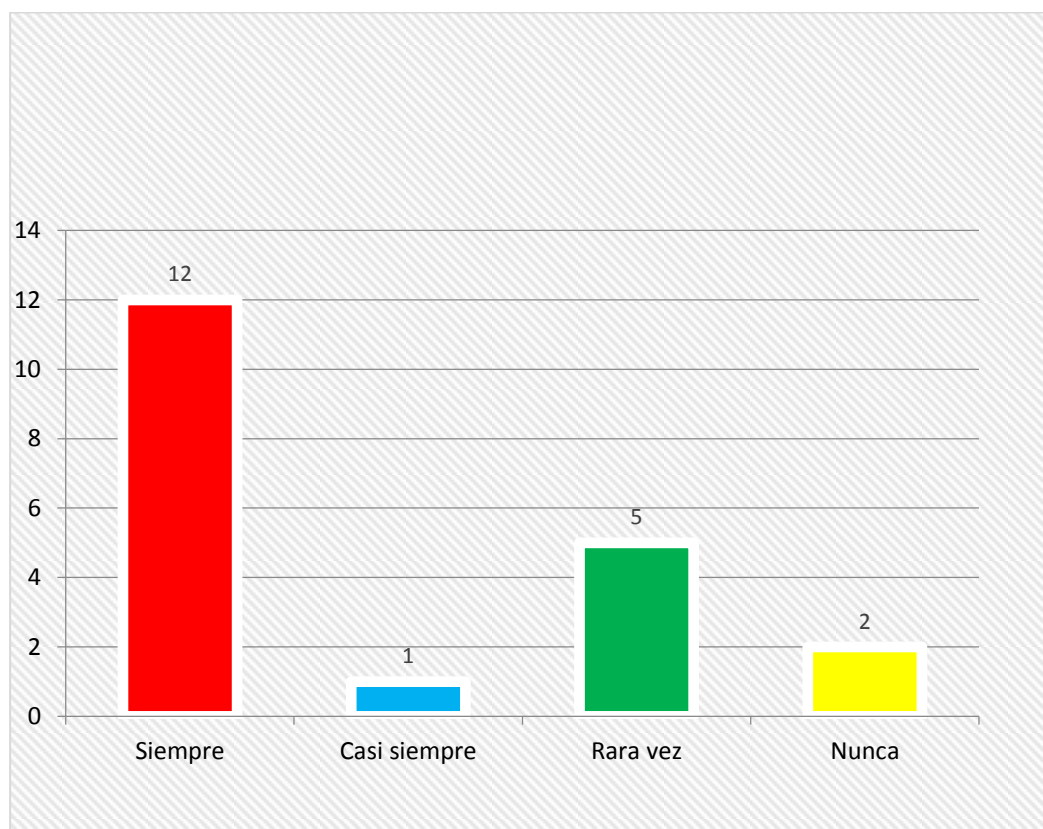


Figura 3: Fragmentariedad de la ley

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si considera que la fragmentariedad de la ley penal, podrá ayudar de manera específica a poder determinar los delitos más relevantes que originen daño al ecosistema, si tiene que **Siempre** con el 60%, **Casi siempre** con el 5%, **Rara vez** con el 25% y **Nunca** con el 10%.

Resultados sobre si considera que el estado a través del ministerio del ambiente, ayudar a proteger el ecosistemas y poder brindarle a la población un ambiente saludable y acorde para vivir.

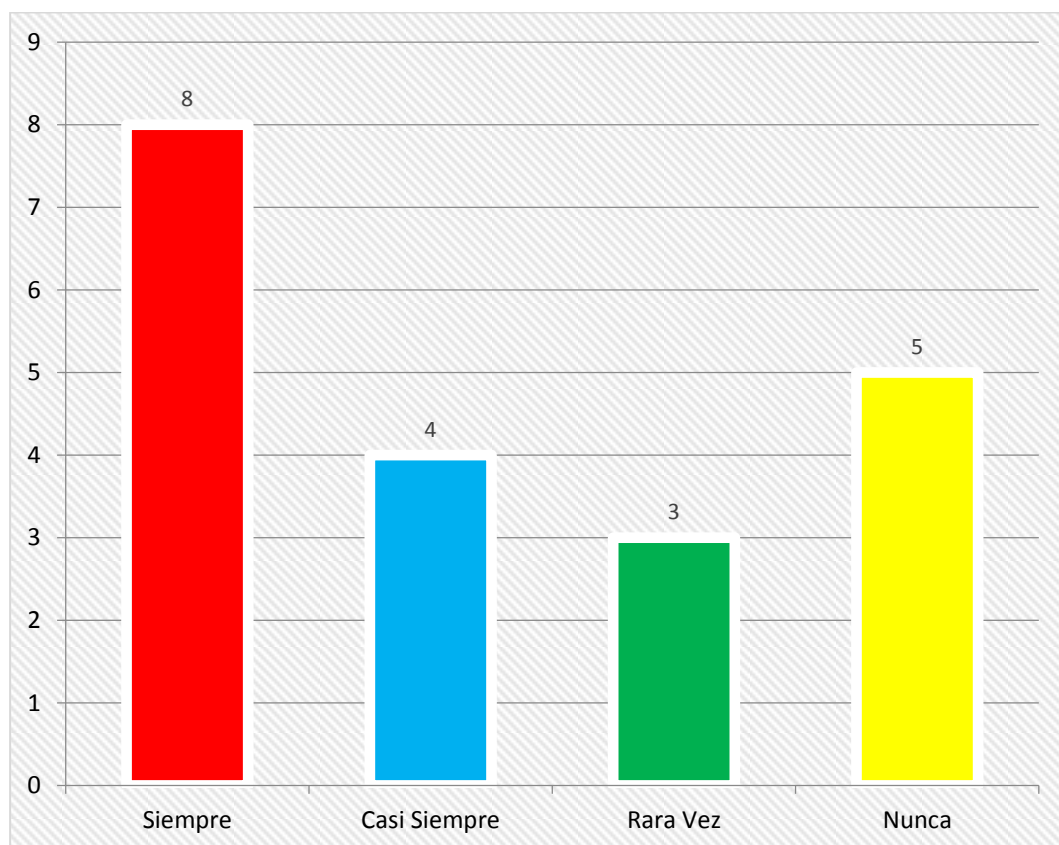


Figura 4: El rol del estado

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si considera que el estado a través del ministerio del ambiente, ayudar a proteger el ecosistemas y poder brindarle a la población un ambiente saludable y acorde para vivir, se tiene que el 40% considera **Siempre**, mientras que el 20% **Casi Siempre**, por otro lado el 15% a **Rara vez**, y de igual manera el 25% refiere que **Nunca**.

3.2. RESULTADOS EN FUNCION A LOS DELITOS AMBIENTALES.

Resultados sobre si considera usted que el estado, debe Impulsar y promover el cumplimiento de las obligaciones ambientales en los agentes económicos y la mejora del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, de manera articulada, efectiva y transparente, contribuyendo con el desarrollo sostenible del país.

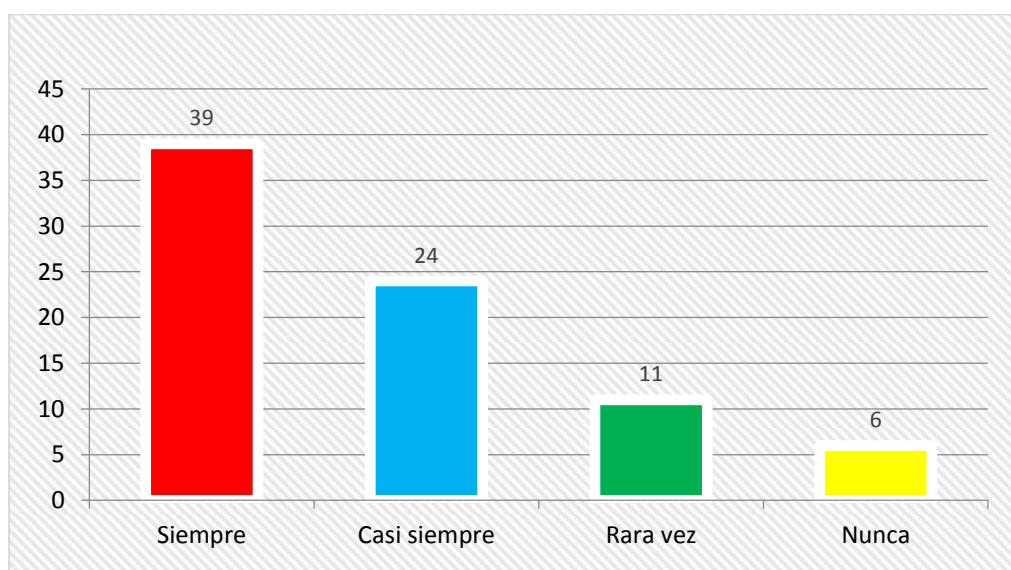


Figura 5: Misión del estado

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De los datos obtenidos sobre si considera usted que el estado, debe Impulsar y promover el cumplimiento de las obligaciones ambientales en los agentes económicos y la mejora del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, de manera articulada, efectiva y transparente, contribuyendo con el desarrollo sostenible del país, se tiene que el 48,75% considera **Siempre**, así mismo el 30% menciona que **Casi siempre**, mientras que el 13.75% refiere **Rara vez**, y por último el 7.5% dice **Nunca**.

Resultados sobre si considera usted que las sanciones en relación a los delitos ambientales en el estado peruano es muy ineficiente, teniendo en cuenta que no son muchos los caos visto en materia ambiente y daño al ecosistema.

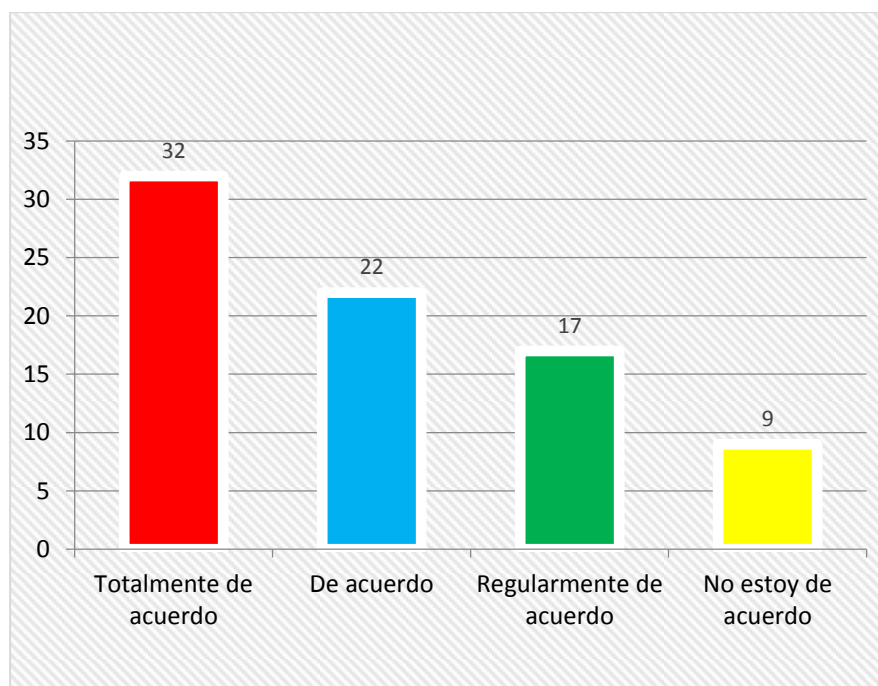


Figura 6: Sanciones

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si considera usted que las sanciones en relación a los delitos ambientales en el estado peruano es muy ineficiente, teniendo en cuenta que no son muchos los caos visto en materia ambiente y daño al ecosistema, se tiene: el 40% refieren estar **Totalmente de acuerdo**, el 27.5% **De acuerdo**, mientras que el 21.25% **Regularmente de acuerdo**, así mismo el 11.25% **No estoy de acuerdo**.

Resultados sobre, si considera que empirismos aplicativos en relación al tema de investigación y que estos se deben a que el estado peruano no busca solucionar las malas aplicaciones que existen referente a la norma ambiental.

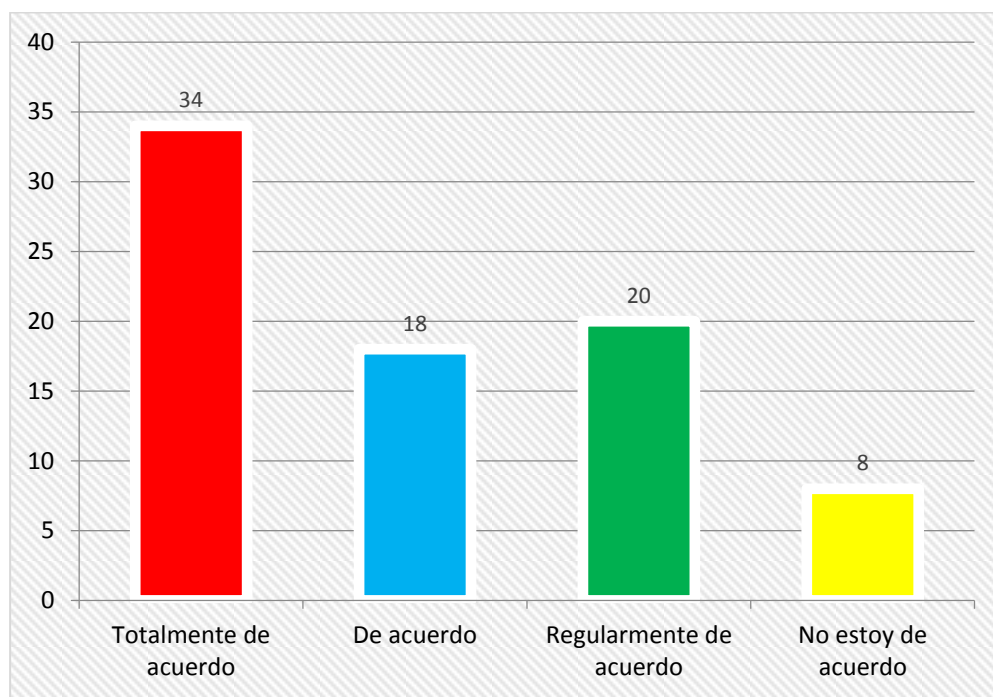


Figura 7: Empirismos aplicativos

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si considera que empirismos aplicativos en relación al tema de investigación y que estos se deben a que el estado peruano no busca solucionar las malas aplicaciones que existen referente a la norma ambiental, se tiene que el 42.5% está **Totalmente de acuerdo**, así mismo el 22,5% menciona estar **De acuerdo**, mientras que el 25% esta **Regularmente de acuerdo**, por otro lado el 10% **No está de acuerdo**.

Resultados sobre si está de acuerdo con la propuesta de la OEFA al establecer que “Un país moderno que aproveche sosteniblemente sus recursos naturales y que se preocupe por conservar el ambiente conciliando el desarrollo económico con la sostenibilidad ambiental en beneficio de sus ciudadanos”

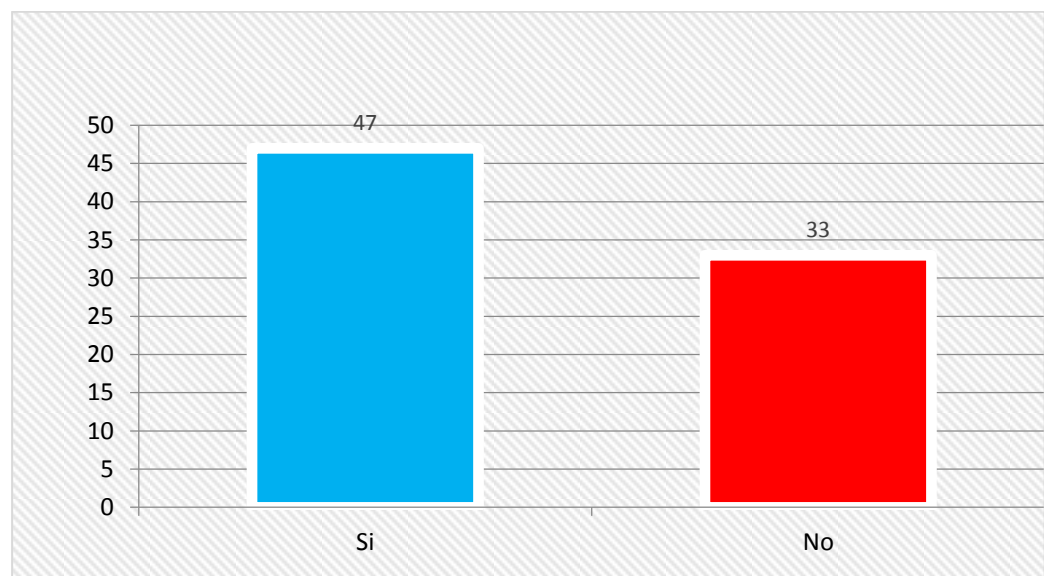


Figura 8: El Propuesta de la OEFA

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si está de acuerdo con la propuesta de la OEFA al establecer que “Un país moderno que aproveche sosteniblemente sus recursos naturales y que se preocupe por conservar el ambiente conciliando el desarrollo económico con la sostenibilidad ambiental en beneficio de sus ciudadanos”, se tiene: el 58.75% refieren estar **Si**, mientras que el 41.25% **No**

Resultados sobre si la Implementación de una norma que regule de adecuadamente la protección del medio ambiente, implementando el principio de fragmentariedad para los delitos y buscando respetar los tratados y convenios internacionales.

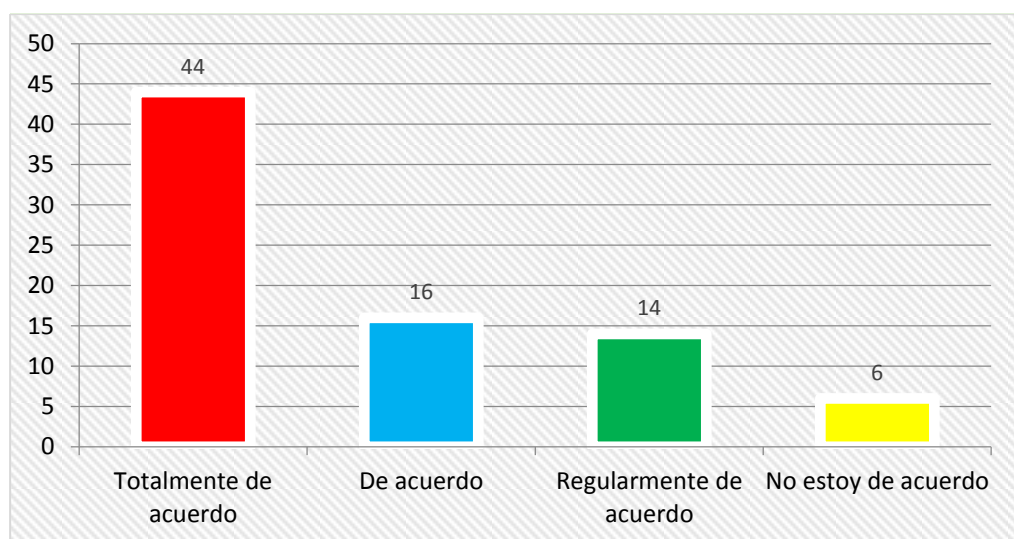


Figura 9: Implementación de nueva norma

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si la Implementación de una norma que regule de adecuadamente la protección del medio ambiente, implementando el principio de fragmentariedad para los delitos y buscando respetar los tratados y convenios internacionales, se tiene que el 55% está **Totalmente de acuerdo**, así mismo el 20% menciona estar **De acuerdo**, mientras que el 17.5% esta **Regularmente de acuerdo**, por otro lado el 7.5% **No está de acuerdo**.

CAPITULO IV: ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

A partir de los hallazgos encontrados aceptamos la hipótesis general que establece que establece que el análisis del delito de contaminación del ambiente tipificado en el art. 304 del CP no es un tema novedoso, varios juristas se han ocupado del mismo y existe incluso doctrina jurisprudencial vinculante de la Sala Permanente de la Corte Suprema respecto de los elementos normativos del tipo penal, sentencia que a su vez ha dado lugar a otras tantas discusiones y opiniones sobre el tema. La finalidad del presente artículo no es, entonces, dar una opinión más al respecto, sino dar un alcance desde la ocurrencia misma de los hechos, la praxis en el día a día de un despacho fiscal especializado en materia ambiental.

La culpabilidad es el principal cuestionamiento cuando se trata de responsabilizar a la persona jurídica a efectos de que sufra consecuencias penales. El criterio de culpabilidad, esto es, que la persona sea capaz de distinguir lo ilícito y además sepa conducirse de otro modo, no es aplicable a la persona jurídica, ya que es un conglomerado de personas. Por eso, la teoría de la responsabilidad indirecta traslada no solo la tipicidad subjetiva del agente en la persona jurídica sino también la culpabilidad. En cuanto a la tipicidad subjetiva, se tiene en la jurisprudencia suprema holandesa como regla que la intención o culpa presente en los empleados o en otros ejecutantes de hecho puede, en ciertas circunstancias, imputarse a la persona jurídica, reuniendo diversas intenciones o culpas parciales que proceden de varias personas físicas (VERVAELE,

2005, P. 488). En la doctrina hay una posición que dice que al aplicar una sanción sin culpabilidad nos descarrilamos ante la responsabilidad objetiva proscrita en el Código Penal. Por ejemplo, si un inimputable comete una acción penal inducido por un imputable se sanciona a este, pero no a aquel. En la persona jurídica pasa eso: se demuestra la culpabilidad de las personas naturales que forman parte de ella como representantes o en los órganos de representación y entonces se sanciona al ente colectivo, lo que para algunos no tiene mucho sentido. Pero aun estando ante la teoría de la responsabilidad directa, cómo construir la tipicidad subjetiva en el agente y cómo determinar la culpabilidad. Se ha tratado, entonces, de elaborar una culpabilidad adecuada a la persona jurídica como una suerte de concepto normativo, abstraído de realidades, pero siempre se vuelve al original, porque, si se sanciona a una persona jurídica, quienes indirectamente sufren las consecuencias son las personas naturales que la conforman, además, porque cuando una persona jurídica realiza actos lícitos, los hacen en realidad sus constituyentes.

De aquí vemos, pues, que la persona jurídica no es un ente en el aire o una sencilla construcción normativa sin cuerpo. No, llámesele como quiera, ella responde a las personas naturales. De allí que mi concepción es considerar a la persona jurídica como ente colectivo capaz de realizar indirectamente los derechos de sus representados. La persona jurídica es como un arma para el delincuente. Si a una persona que posee un arma ilegal se le incauta o comisa, esto no le

da vida propia a dicha arma. La diferencia es que en las personas jurídicas hay personas naturales con las que se le anima o se le insufla vida. Es verdad que en el derecho se construyen ficciones jurídicas, pero estas sirven como medio para realizar derechos fundamentales. La persona jurídica es particularmente especial, puesto que detrás hay personas de carne y hueso. Cuando se comete un delito la persona jurídica no toma vida, sino es manejada a través de sus órganos de representación por quienes la conforman, allí es cuando empieza a ser instrumentalizada, por eso tiene sentido que contra ellas en el caso de que sean organismos de fachada se actúe y se cierre o se suspenda para que no sirva de carril de la comisión de ilícitos.

Hay que tener en cuenta que otra parte de la doctrina considera que, si bien las personas jurídicas no tienen capacidad penal, sin embargo, se puede sustentar una consecuencia accesoria porque su fundamento radica no en la falta de culpabilidad sino en la peligrosidad de su organización y que podrían coexistir penas y consecuencias accesorias a las personas jurídicas. (GARCIA CAEVERO, 2008. P. 14) El argumento de la peligrosidad es derivada de la instrumentación que realizan las personas naturales.

Estando a que existe una complejidad en el campo de responsabilidad empresarial es posible, siendo más prácticos, acercarnos a la represión directa de la persona jurídica.

La justificación político criminal tiene que ver con la necesidad de dotar una protección mayor y anticipada a los bienes jurídicos de

relevancia como el medio ambiente, y desde la doctrina se enfatiza la urgencia de tutela. Como afirma Silva Sánchez:

El derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos —de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes—, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían o no con la misma incidencia, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquellas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como “bienes escasos”, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente. (SILVA SANCHEZ, 2001, p. 25)

Como se puede observar, de este raciocinio tenemos que los recursos naturales hace unos dos mil años eran abundantes en relación a la población y a las necesidades de gente de la época.

Con el desarrollo económico, los recursos sin posibilidades de reversión se han ido deteriorando por acción del hombre y habiendo pasado por los ojos de la humanidad estos ahora son escasos: el agua, los bosques, los glaciares, los animales. Este deterioro acelerado de la naturaleza obliga a elevar con mayor eficacia la protección de esta.

La criminalización de los delitos ambientales, en relación con la intervención de empresas, debe tener sus límites que pueden advertirse del siguiente planteamiento:

Los vertidos de una empresa una sola por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa no tienen por qué poner en peligro ellos solos el equilibrio de los sistemas naturales. Si solo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medio-ambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esa medida, es lógico que desde la perspectiva global del derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría un inadmisibles efecto lesivo. Pero, de nuevo, no resulta justificada la sanción penal de la conducta aislada que, por sí sola, no pone realmente en peligro el bien jurídico que se afirma proteger. (SILVA SANCHEZ, 2001, p. 129)

Es de relevar que, ante los problemas de determinar la responsabilidad de la persona individual en conglomerados

empresariales, somos de la opinión, en aras de hacer más eficaz la protección de bienes jurídicos colectivos, que el esquema de responsabilidad penal directo o autónomo debería ampliarse. La responsabilidad autónoma directa va en consonancia con obligaciones internacionales como las establecidas por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003, la cual en su art. 26 inc. 3 establece la responsabilidad de las personas jurídicas que existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. Esto guarda relación con la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) que en su art. 2 establece que cada Estado parte tomará las medidas que sean necesarias para establecer la responsabilidad de personas morales por el cohecho de un servidor extranjero y el art. 3.2 que señala que en el supuesto de que no puedan aplicarse sanciones penales, se impondrán otras que sean eficaces, proporcionales y disuasorias como sanciones monetarias.

El Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción dio recomendaciones como la de adoptar sanciones a las personas jurídicas independientemente de las sanciones de las personas vinculadas a ellas. Esta responsabilidad, si bien está vinculada a temas de corrupción, debe extenderse a las personas jurídicas que generan graves daños a la ecología y al medio ambiente, de allí que tenemos la opinión de que este esquema de

responsabilidad autónoma serviría para desincentivar la labor nociva de las empresas en delitos ambientales.

La inclusión de Perú en OCDE, el grupo de las economías más ricas y estables del mundo, que trae beneficios en la interactividad económica es un objetivo trazado por el Estado peruano, de allí que las exigencias para que los aspirantes ingresen, previamente deben tener solidez institucional y un orden legal claro de lucha contra la corrupción. En esta línea, el Estado peruano hizo una consulta a la División de Asuntos legales de la OCDE sobre el actual esquema de atribución de responsabilidad de persona jurídica y esta respondió que el Perú debe establecer de forma autónoma la responsabilidad corporativa por el soborno extranjero y, respecto de la regulación fijada en el art. 105 del CP actual, se dijo que este no satisface las exigencias de la Convención Antisoborno de la OCDE. El tema de fondo, si bien es combatir formas que no permitan erradicar la corrupción; sin embargo, como sostenemos, esta ineficacia tiene que ver con la complejidad de las corporaciones que se convierten en una suerte de selva en la que es imposible a veces determinar responsabilidades personales puntuales y que hacemos extensiva a las corporaciones que afectan en su actividad económica impunemente el medio ambiente. (PROYECTO DE LEY N° 4054/2014-PE, 2014)

Ante la complejidad de los entramados empresariales que no permiten la individualización de las personas naturales que son las directamente responsables de los ilícitos, y para no dejar en la

impunidad la actuación de las personas jurídicas que palpablemente afectan los bienes jurídicos intermedios como el medioambiente, desde un mensaje preventivo y adelantamiento de la punición para desincentivar comportamientos lesivos a la sociedad se hace necesaria la sanción directa de las personas jurídicas, de forma autónoma sin que se dependa de la sanción de personas naturales.

En la realidad social observamos la depredación de los bosques, la contaminación de los ríos en aras de un flujo de impuestos para el Estado y el desarrollo de otras actividades económicas; sin embargo, se observa que esa aparente modernidad ha traído como consecuencias negativas que las corporaciones destruyan el medio ambiente y los recursos para las futuras generaciones. El peligro es inminente, de allí que por el impacto en la vida de las personas y la supervivencia de la Nación es necesario, desde una perspectiva político criminal y posturas como la expansión del derecho de tercera velocidad, a despecho que se cuestione por qué se sobrecriminaliza, es que se requiere el adelantamiento de la punibilidad y particularmente de la represión de la persona jurídica; sin embargo, la medición de tutela de delitos medioambientales lleva aparejado el grado de participación de la persona jurídica, pues si son hechos de afectación del medioambiente de mínima lesividad, la intervención del derecho administrativo es el que debe privilegiarse, amén de las relaciones de semejanza entre las sanciones administrativas y el derecho penal, dentro del fenómeno que se ha llamado

“administrativización del derecho penal” sostenida en la doctrina del siguiente modo:

Pues bien, puede afirmarse que es una característica del derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, tal forma de razonar, la de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo. Es esto lo que se quiere indicar cuando se alude al proceso de “administrativización” en que, a nuestro juicio, se halla inmerso el derecho penal. Ello podría llevarse incluso más lejos: así, no solo en cuanto a afirmar que el derecho penal asume el modo de razonar propio del derecho administrativo sancionador, sino que incluso, a partir de ahí, se convierte en un derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales. (SILVA SANCHEZ, p. 129)

El informe fundamentado es parte de la política criminal en la que tienen origen los delitos contra el medio ambiente; el Estado, en aplicación de la política criminal, utiliza la denominada *ley penal en blanco* y con esta se estructuran todos los delitos contra el medio ambiente. Esta ley penal en blanco, en estos caos, está conformada por todas aquellas normas administrativas que son parte del marco normativo ambiental, las mismas que contienen obligaciones, responsabilidades y compromisos de observancia obligatoria que el administrado debe asumir frente al Estado, el cual a su vez está representado por diferentes autoridades sectoriales con distintas competencias ambientales. La referida observancia obligatoria, tiene la finalidad de que las actividades que llevan a cabo los

administrados no causen impactos negativos en el medio ambiente, lo que a su vez tiene como fin efectivizar el derecho fundamental a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado, consagrado en la Constitución Política, que el Estado está en la obligación inmediata de preservar, y los ciudadanos de respetar.

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

El informe fundamentado es aquel instrumento que servirá para complementar la ley penal en blanco, es decir, aquel donde aparecerá información relacionada a las obligaciones, compromisos y responsabilidades ambientales del administrado, estén o no contenidas dentro de un instrumento de gestión ambiental o estudio de impacto ambiental [...].

La infracción y/o inobservancia a la norma administrativa ambiental, es justamente con la que los delitos de contaminación del ambiente se complementan; es un requisito para la configuración de los mismos pues en absolutamente todos los delitos contra el medio ambiente, uno de los elementos normativos del tipo penal siempre

será la infracción o inobservancia de una norma administrativa correspondiente al marco legal ambiental (ley penal en blanco).

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

En el referido contexto, se pueden presentar situaciones en que una sola actividad infrinja más de una norma ambiental, por ejemplo en el caso de una empresa que requiera la aprobación de un estudio de impacto ambiental previamente al inicio de sus actividades e inicie

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

En la estructura, por ejemplo, del delito de contaminación del ambiente tipificado en el art. 304 del CP, encontramos como primer elemento normativo del tipo penal: “El que, infringe leyes, reglamentos o límites máximos permisibles [...]”. Es precisamente esta infracción de normas —de la *ley penal en blanco*, que debe ser complementada con aquellas normas administrativas ambientales que además de formar parte del marco normativo ambiental son las que determinan la gestión ambiental en el país. Pero como se ha señalado, la fiscalización o supervisión respecto a si un administrado infringe o inobserva normas ambientales no es una función jurisdiccional, es una función administrativa a cargo de las autoridades ambientales sectoriales competentes. Debe señalarse

que la supervisión y fiscalización de actividades con relación al cumplimiento de obligaciones y/o compromisos ambientales, en nuestro país no se encuentra a cargo de una sola autoridad administrativa como muchas veces se piensa o imagina, otorgando al Ministerio del Ambiente o específicamente al OEFA —Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental—, tal exclusividad; pues no, y si bien la política ambiental en nuestro país tiene tal dirección, es decir, que se están encaminando las normas a que sea una sola la autoridad de fiscalización ambiental como lo prevé la Ley N.º 29968, aun así quedarían actividades que por su naturaleza formal y normativa estarían a cargo de otras entidades de fiscalización ambiental; lo importante es que en la actualidad no es así, en la actualidad existen muchas autoridades administrativas con competencia en fiscalización y supervisión ambiental y por tanto son estas autoridades administrativas las que tienen competencia para pronunciarse sobre la inobservancia o infracción de normas, obligaciones y/o compromisos de los administrados conforme a la actividad que estos lleven a cabo o pretendan realizar.

De acuerdo con lo señalado hasta el momento, podríamos concluir que el informe fundamentado es aquel instrumento que servirá para complementar la ley penal en blanco, es decir, aquel donde aparecerá información relacionada a las obligaciones, compromisos y responsabilidades ambientales del administrado, estén o no contenidas dentro de un instrumento de gestión ambiental o estudio de impacto ambiental, también contendrá la actividad susceptible de

supervisión y fiscalización administrativa así como la actuación de fiscalización y supervisión de la autoridad administrativa y las infracciones o inobservancia del administrado hacia las normas ambientales.

Conforme al art. 4.1 del D. S. N.º 009-2013-MINAM [...] el informe fundamentado está conformado por: a) Antecedentes de los hechos denunciados. b) Base legal [...]. c) Competencia de la autoridad administrativa ambiental. d) Identificación de las obligaciones ambientales de los administrados involucrados en la investigación penal [...]. e) Información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas [...]. f) Conclusiones.

Ahora bien, debe contrastarse necesariamente lo señalado con la norma correspondiente. El art. 149.1 de la Ley 28611 —*Ley General del Ambiente*—, sobre el Informe Fundamentado indica:

Será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días, contados desde la recepción del pedido del fiscal de la investigación preparatoria o del juez, bajo responsabilidad. Dicho informe deberá ser meritado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.

Tal como señala expresamente la norma, las entidades sectoriales competentes están en la obligación de emitir un Informe

Fundamentado, en el marco de la investigación de los delitos contra el medio ambiente. Pero este artículo tiene su propio reglamento que especifica aún más el contenido del Informe Fundamentado. Conforme al art. 4.1 del D. S. N.º 009-2013-MINAM —Reglamento del art. 149.1 de la Ley General del Ambiente—, el Informe Fundamentado está conformado por: a) Antecedentes de los hechos denunciados. b) Base legal aplicable al caso analizado. c) Competencia de la autoridad administrativa ambiental. d) Identificación de las obligaciones ambientales de los administrados involucrados en la investigación penal, que se encuentren contenidas en leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental y que resulten aplicables a los hechos descritos por el Ministerio Público. e) Información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas y/o reportes presentados por los administrados involucrados en la investigación penal, de ser el caso. f) Conclusiones.

De la lectura del artículo consignado, claramente se desprende que el informe fundamentado debe contener la información relacionada con las normas ambientales, la obligatoriedad de su observancia y la función fiscalizadora de la autoridad ambiental administrativa, con la atinencia de que esta información debe estar relacionada estrictamente a los hechos que son materia de investigación fiscal, y lógicamente tiene que ser de esa forma ya que de lo contrario tal documento no tendría utilidad alguna para el proceso penal. La norma también hace referencia a que el momento de requerir la

expedición del Informe Fundamentado, el fiscal debe acompañar copias de los actuados de la investigación (art. 5.1. del referido Decreto Supremo), es por ello que como primer contenido del informe se señala los *antecedentes de los hechos denunciados*, pues la administración tiene que revisar los mismos y de acuerdo a esto debe consignar el esquema de la información remitida por la fiscalía como antecedente previo. Debe tenerse presente que tal contenido no está referido a que la autoridad administrativa va a pronunciarse sobre los hechos investigados, la validez de estos o algo por el estilo, claro que no, pues en su calidad de autoridad administrativa no tiene injerencia alguna en la investigación penal.

Debe agregarse además que dentro del contenido del Informe Fundamentado no se le exige a la autoridad administrativa opinión respecto a si el hecho puede o no constituir delito, ya que ello funcionalmente no es de su competencia, y aunque en algunos informes muchas veces aparece este pronunciamiento, dicha opinión no es parte del contenido del Informe. En todo caso, de aparecer tal opinión tampoco invalidaría el documento, lo que correspondería entonces sería no valorar tal opinión, ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1 de la Ley N.º 28611, que como ya se ha señalado, indica: “[...] dicho informe deberá ser meritulado por fiscal o el juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente”.

El informe fundamentado debe contener la información relacionada con las normas ambientales, la obligatoriedad de su observancia y la

función fiscalizadora de la autoridad ambiental administrativa, con la atinencia de que esta información debe estar relacionada estrictamente a los hechos que son materia de investigación fiscal, y lógicamente tiene que ser de esa forma ya que de lo contrario tal documento no tendría utilidad alguna para el proceso penal.

Continuando con el contenido del informe, el art. 4.2. del D. S. N.º 009-2013-MINAM, hace una distinción en su contenido cuando este es solicitado en la investigación fiscal referida a los delitos ambientales respecto a la responsabilidad de funcionarios públicos; sin embargo, no existe una modificación sustancial, la distinción que se hace radica más que nada en determinar el órgano de línea que debe expedirlo ya que hay funcionarios investigados de por medio.

Con lo expuesto hasta el momento, podemos también claramente saber cuál es entonces la finalidad del Informe Fundamentado, y es que normativamente tal informe está diseñado para complementar la ley penal en blanco en los delitos contra el medio ambiente, aquella que forma parte del tipo penal y cuya infracción o inobservancia es el complemento para la configuración del tipo penal. La supervisión o fiscalización de esta infracción y/o inobservancia de la norma ambiental, como ya se ha señalado, no es de cargo del Ministerio Público o del Poder Judicial, ello es función de la autoridad administrativa ambiental competente la que a su vez está en la obligación de emitir el Informe Fundamentado, documento que contiene toda esa actividad administrativa que está a su cargo por mandato normativo.

Ahora bien, cabe hacer otro cuestionamiento en cuanto a la naturaleza del Informe Fundamentado, ¿es este un requisito de procedibilidad? Para responder, debemos entrar previamente en un exhaustivo análisis que nuevamente nos dirigirá al contenido que debe tener un Informe Fundamentado y otros aspectos normativos que a continuación se exponen. Para empezar, si retornamos al contenido del Informe Fundamentado, conforme lo anotado en el art. 4.1. del D. S. N.º 009-2013-MINAM, se evidenciará que su contenido es puramente normativo y de actuación administrativa. Dicho contenido ¿podría acaso ser suplido por el fiscal? Pues la propia normativa evidencia que sí podría suplirse la información que contiene un Informe Fundamentado, y es que revisando los requisitos, tenemos como actividad informativa propia de la administración, señalar cuál es su competencia información que no puede ser emitida a discreción o parecer de la administración—. Esta competencia está establecida por norma, es más, la fiscalía para solicitar el Informe Fundamentado, debe previamente verificar cuál, normativamente, es la autoridad competente relacionada al caso materia de investigación, por tanto dicha norma y la información exigida es totalmente accesible y delimitable. Esto debe tenerse presente porque muchas veces la propia autoridad competente desconoce sus funciones ambientales, pues consideran que estas únicamente están relacionadas a temas de ecología; sin embargo, hay actos y normas administrativas de gestión ambiental que están relacionadas, por ejemplo, al ordenamiento territorial, el cual es

conforme la *Ley General del Ambiente*, un instrumento de gestión ambiental y además es un bien jurídico protegido de determinados delitos contra el medio ambiente. Este tema se encuentra a cargo, es supervisado y fiscalizado por las gerencias de desarrollo urbano de los municipios provinciales y distritales; ello se encuentra expresamente señalado en el D. S. N.º 004-2011-VIVIENDA (*Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano*). En la fiscalía se ha tenido como experiencia que estas entidades administrativas no cumplen con la emisión de informes fundamentados señalando que en todo caso es la gerencia de medio ambiente del municipio la encargada de ello; sin embargo, la mencionada no tiene a su cargo la observancia y fiscalización en temas de ordenamiento territorial, por tanto no podría informar sobre las infracciones a las normas que atentan contra este instrumento de gestión ambiental y demás actividades administrativas de control. Peor aún si se expide un informe fundamentado y se concluye señalando que el que lo emite no es autoridad competente para expedirlo; ante ello definitivamente debe primar para el fiscal y para el juez lo establecido en las normas ambientales, en cuanto a competencias, y no el parecer de la autoridad administrativa que obedece en muchas oportunidades al desconocimiento e ignorancia del marco normativo ambiental.

Otra obligación de la autoridad administrativa respecto al contenido del informe fundamentado, es señalar las obligaciones y compromisos ambientales del administrado investigado contenidas

en leyes y reglamentos o instrumentos de gestión ambiental (dentro de los cuales están los estudios de impacto ambiental); esta información también la encontramos en la norma, pues no es de conocimiento o manejo exclusivo de la autoridad administrativa, basta con determinar cuál es la actividad del administrado y a que autoridad sectorial corresponde su fiscalización —esto, también es establecido en la norma ambiental, para saber cuáles son las obligaciones y compromisos de su actividad—. Esta determinación también la hace la fiscalía, pues sobre ello es que inicia la investigación y solicita el Informe Fundamentado.

En cuanto a las obligaciones y compromisos contenidos en instrumentos de gestión ambiental, dicha información también es pública no solo porque está establecido por el D. S. N.° 002-2009-MINAM² sino también porque su trámite se rige bajo la Ley N.° 27444 — *Ley General del Procedimiento Administrativo*, por tanto la fiscalía puede solicitar el estudio o instrumento de gestión ambiental, como generalmente se hace, y establecer conforme su contenido cuales fueron o son los compromisos y obligaciones ambientales del administrado. Luego, otra información que debe contener el informe fundamentado son las acciones de fiscalización ambiental, se entiende por parte de la autoridad competente, o los reportes que debe presentar el administrado conforme a sus compromisos ambientales; estos reportes deben entenderse como aquellos actos donde los administrados dan cuenta de las actividades que llevan a cabo, a la autoridad administrativa ambiental y que deben estar de

acuerdo a sus obligaciones y compromisos ambientales supliendo en parte la actividad de fiscalización de la autoridad administrativa. A esta información también se puede tener acceso, solicitando el fiscal a la autoridad administrativa competente el expediente administrativo o el resultado de reportes, pues de la revisión de estos se podrá determinar si existe o no infracción o incumplimiento de obligaciones y/o compromisos ambientales por parte del administrado.

2. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales.

En la práctica, puede darse el caso de que no exista en la administración ambiental ningún antecedente de actuación administrativa, ello no es óbice para que exista investigación penal y probablemente la comisión de un delito contra el medio ambiente, pues tanto la obligación de fiscalizar de la autoridad administrativa como la obligación del administrado de reportar sus actividades y de observar las normas que contienen compromisos ambientales subsiste por mandato normativo; es entonces cuando el fiscal está en la obligación de poner en conocimiento de la autoridad administrativa los hechos que está investigando, no solo como noticia sino principalmente para que la autoridad administrativa asuma sus funciones supervisoras y fiscalizadoras. La situación descrita no es la excepción, pese a que el diseño propuesto por la política y gestión ambiental se orienta a ello, pues no, ya que es bastante frecuente que una vez denunciado un hecho ante el

Ministerio Público, es este el que tiene que hacer de conocimiento a la autoridad administrativa no solo el hecho denunciado sino exigir el cumplimiento de las funciones que le corresponden. Comentario aparte merece la discusión que genera la exigencia de contar de manera obligada con el informe fundamentado dentro de la investigación penal, sobre todo desde el punto de vista de la investigación fiscal y la utilidad del mismo, pues con todas las imperfecciones del sistema de la administración pública aunado ello al desconocimiento de la normatividad ambiental; el Informe envés de ser un instrumento de orientación en el proceso penal, puede convertirse en un instrumento de poca solidez para dicho proceso. Otro punto que debe contener el informe fundamentado está referido a la base legal aplicable al caso analizado, lo que no merece mayor comentario o análisis, puesto que ello, la base legal o normas aplicables son precisamente las que se desprenden o dan lugar a los otros puntos que debe contener el informe fundamentado, es un resumen de las normas que se exponen en los otros puntos del informe.

Una vez analizado el contenido del informe fundamentado, corresponde tal como se expuso, responder si ¿el informe fundamentado es o no un requisito de procedibilidad? En primer lugar, si nos remitimos a la norma procesal, la respuesta es no. El informe fundamentado no es un requisito de procedibilidad, pues la norma procesal, art. 4.1 del CPP refiere que un requisito de procedibilidad es aquel que debe estar presente antes de la

formalización de la investigación preparatoria, es decir es un requisito sin el cual el fiscal no puede dar inicio a la acción penal. No obstante el art. 149.1 de la *Ley General del Ambiente*, señala expresamente: “Sera 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”. Por tanto, el informe fundamentado no es un requisito de procedibilidad desde el punto de vista estrictamente formal, ya que su presentación no es indispensable ni obligatoria para dar inicio a la acción penal propiamente dicha, la cual inicia con la formalización de la investigación preparatoria de acuerdo con lo expuesto en el art. 336 del CPP. Esta conclusión normativa tiene correspondencia, además, con lo expuesto en el párrafo anterior, ya que como se ha señalado, no es indispensable que la autoridad administrativa haya determinado o declarado la existencia formal de una infracción o inobservancia de normas ambientales o haya dado inicio a su labor de fiscalización (información que como se viene señalando debe contener el informe fundamentado), para que se inicie la acción penal, pues es muchas veces el inicio de la acción penal o investigación fiscal la que dará lugar a que la autoridad administrativa tome conocimiento de hechos que podrían constituir infracción administrativa en materia ambiental. Respecto al requisito de procedibilidad, el art. 5.1 del CPP señala que el fiscal no debe continuar con la investigación preparatoria cuando es necesaria, en

vía extra penal, una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado, nuevamente se debe hacer mención al contenido del informe fundamentado, el cual no exige como contenido una declaración de la autoridad administrativa sobre si el hecho materia de infracción administrativa configura por sí la comisión o no de un delito contra el medio ambiente, como se ha señalado. Ello no le corresponde a la autoridad administrativa, el informe de la autoridad administrativa contiene, como se ha expuesto, aspectos netamente normativos además de actuaciones administrativas, también dispuestas por ley, que no condicionan al fiscal al inicio de la acción penal; sin embargo, la norma señala que sí es necesario contar con el informe fundamentado en la etapa intermedia de la investigación, es decir, en el momento que debe decidirse por el sobreseimiento o acusación, y es entendible que la norma imponga ello porque es en esta etapa donde el fiscal debe analizar y valorar si los hechos configuran delito, siendo que para la configuración del delitos contra el medio ambiente necesariamente debe tenerse certeza de cuál es la ley penal en blanco que el investigado ha infringido o inobservado porque esta norma es uno de los elementos normativos del tipo penal. Pero toda esta exposición resulta únicamente reflexiva, pues el tema ya ha sido zanjado en la Casación N.º 175-2016-Ica, expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, del 20 de octubre del 2017, se ha determinado que el informe fundamentado ciertamente no es un requisito de procedibilidad, sino que es un *requisito formal* por su naturaleza

normativa, la cual impone que necesariamente debe aparecer en la investigación para la etapa intermedia.

4.1. PRUEBA DE HIPOTESIS

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

El art. 2.1 del D. S. N.º 009- 2013-MINAM —sobre la *Autoridad Administrativa Ambiental responsable de la Elaboración del Informe Fundamentado*—, claramente indica que la autoridad administrativa ambiental encargada de emitir el informe fundamentado será la entidad de fiscalización ambiental nacional, regional o local que ejerza funciones de fiscalización ambiental, respecto de la materia objeto de investigación penal; debe quedar claro entonces que existen diversas autoridades administrativas con competencias

ambientales y en diferentes niveles; nacional, regional y local. Lo que prevalece para determinar cuál de estas autoridades es competente para emitir el informe fundamentado, es la materia objeto de investigación y que esta sea por mandato legal, la que le corresponde fiscalizar a determinada autoridad; no debe confundirse esto pretendiendo que existe un mandato directo para que determinada autoridad expida el informe fundamentado, ello no opera así.

Lo cierto es que para saber quién es la autoridad competente para la expedición del Informe debe de conocerse el marco normativo ambiental y como es que funciona la gestión ambiental en el país y es por ello que el tema penal ambiental es uno especializado, debe tenerse presente además que quien solicita el informe es el fiscal, que de acuerdo a su investigación y especialidad debe saber a quién le corresponde emitir el informe. No obstante, a efecto de verificar la conformidad de la competencia en la expedición del informe fundamentado, este en su contenido cuenta con la base legal aplicable al caso, en la cual definitivamente debe estar comprendida la norma que señala la competencia de la autoridad administrativa la cual, si es que hubiera duda, puede ser perfectamente revisada por las partes y por el propio juez para no crear discusiones a partir de puntos de vista que puedan perder objetividad, asimismo si se pretende contrariar la competencia de determinada autoridad administrativa en la expedición del informe, debería hacerse presentado la norma que exprese lo contrario. Como se viene

señalando, la norma explícitamente, en todos los casos, señala las competencias de fiscalización y/o supervisión de obligaciones y compromisos cualquiera fuera la materia, lo difícil ciertamente, para quien no conoce de cerca la gestión y normativa ambiental es saber de buenas a primeras cuál de todas las autoridades administrativas existentes podría tener competencia ambiental en un determinado caso, y ello precisamente podría ser una de las utilidades del informe fundamentado.

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

cuando éste sea el caso debe solicitarse los informes fundamentados que correspondan.

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

Como se ha señalado ello solo es una posibilidad, no es de obligación presentar el informe del OEFA en un proceso penal, y se hace hincapié en esto porque es bastante frecuente que en pleno proceso, la defensa y muchas veces los jueces, lo requieran con exigencia obligatoria. Sin embargo, el informe fundamentado está estrechamente ligado a la teoría del caso fiscal, ya que la materia objeto de investigación penal es la que va a determinar a su vez la autoridad competente para emitir el informe fundamentado y es así

que el fiscal determina dicha competencia al momento de solicitar el mencionado documento, lo cual puede ser cuestionado o revisado contrastando las normas correspondientes, las que como se viene señalando se encuentra dentro del propio informe y no solo ello sino que además tales normas van a ser parte de la imputación penal porque necesariamente conforman la ley penal en blanco, ley con la que los delitos ambientales se completan.

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

La utilidad del informe fundamentado radica en] disgregar y especificar toda esa normatividad ambiental exclusiva, respecto a la materia objeto de delito, para determinado o determinados

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

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

que la autoridad administrativa no deseaba verse involucrada en la parte probatoria de los procesos penales.

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

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

remisión de documentos o informes que obren bajo su poder o custodia, que coadyuven a la consecución de los fines la investigación penal [...]”. Opta por prueba independiente a la de la administración ambiental competente, lo que es perfectamente válido, ya que de lo que se trata es de probar la comisión del delito y ello no es una función exclusiva del informe fundamentado.

CONCLUSIONES

- 1) Considero que es adecuado centrar el presente trabajo en las mencionadas figuras delictivas ya que si bien es cierto que existen otras tipos penales directa o indirectamente relacionadas con la protección del medio ambiente y que igualmente pueden ser cometidos por personas jurídicas en el Código Penal, como por ejemplo son es el delito de construcción, edificación o urbanización ilegal (artículo 319), los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (artículo 343 o los delitos de riesgo provocado por explosivos (artículo 348), los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente son los más susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas.
- 2) Actualmente existe tanto a nivel nacional como internacional una necesidad a la vez que una demanda social relativa a la protección del medio ambiente a la que el derecho ha dado diferentes respuestas entra las que esta la protección penal, mediante la cual se han creado diversas figuras delictivas con la intención de proteger los diferentes elementos que comportan el medio ambiente.
- 3) Los delitos ambientales tipificados en el Código Penal son tipos penales en blanco porque remiten a las normas administrativas. Es decir, la conducta antijurídica del agente va estar determinada por su incumplimiento en sede administrativa; por ello se requiere de un sistema normativo ambiental unificado, también son tipos penales de peligro ya que la conducta del agente puede causar un riesgo potencial al medio ambiente o causar el riesgo ambiental verificable.

- 4) La figura denominada actuar en lugar de otro regulada en nuestro Código Penal, no resuelve la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en tanto la misma busca responsabilizar al autor representante de la misma por las actuaciones que le son competentes al configurado el hecho delictivo.

RECOMENDACIONES

1. La aplicación del principio «non bis in ídem» en el ámbito del Derecho ambiental, y en especial, las soluciones que nuestro ordenamiento jurídico ofrece en aquellos casos en los que unos mismos hechos pueden constituir simultáneamente una infracción administrativa y un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. La aplicación del principio «non bis in ídem» implica que los mismos hechos no puedan ser juzgados simultáneamente en vía administrativa y en vía penal, problemática que puede darse con frecuencia en el derecho penal ambiental al contener estas muchas referencias a la normativa administrativa
2. Que se asuma el principio *societas delinquere potest* a fin de poder asumir las nuevas formas de criminalidad existentes.
3. Elaboración de un proyecto de Ley que regule expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en función a la tipificación de los delitos ambientales en el Perú.

LEY Nº

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS AMBIENTALES

SECCIÓN I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos ambientales previstos en el artículo 304 al 314-B del Código Penal.

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación

Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta.

El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma.

SECCIÓN II

ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS

JURÍDICAS

Artículo 3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Las personas jurídicas a que se hace referencia en el artículo 2 son responsables penalmente por el delito ambientales, previsto en el artículo 304 al 314 - B del Código Penal, cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”

Artículo 4. Supuestos para imponer consecuencias accesorias.

- a) Se haya cometido un hecho punible.

- b) La persona jurídica sirvió para su realización, favorecimiento u ocultación.
- c) Se ha condenado al autor físico y específico del delito.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

FINALES

PRIMERA. Vigencia

La presente norma entra en vigencia al siguiente día de su publicación.

SEGUNDA. Vía procesal

La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo 957.

CUARTA. Normas aplicables

Durante la investigación y proceso penal, la persona jurídica goza de todos los derechos y garantías que la Constitución Política del Perú y la normatividad vigente reconoce a favor del imputado.

La persona jurídica puede ser asistida por la defensa pública, en caso lo requiera, bajo los alcances de la Ley 29360, Ley del Servicio de Defensa Pública, del Decreto Supremo 007-2012-JUS y demás normas conexas, en lo que resulte pertinente.

Asimismo, son aplicables los artículos 372 y 468 al 471 del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo 957, que regulan la conclusión anticipada del juicio y el proceso de terminación anticipada respectivamente,

con plena intervención del apoderado judicial de la persona jurídica, y demás normas del citado código que resulten pertinentes.

QUINTA. Registro de personas jurídicas sancionadas administrativamente

El Poder Judicial implementa un registro informático de carácter público para la inscripción de las medidas administrativas impuestas a las personas jurídicas, con expresa mención del nombre, clase de sanción y duración de la misma, así como el detalle del órgano jurisdiccional y fecha de la sentencia firme, sin perjuicio de cursar partes a los Registros Públicos para la inscripción correspondiente, de ser el caso.

En caso de que las personas jurídicas cumplan con la medida administrativa impuesta, el juez, de oficio o a pedido de parte, ordena su retiro del registro, salvo que la medida tenga carácter definitivo.

El Poder Judicial puede suscribir convenios con otras instituciones para compartir la información que conste en el registro.

El Poder Judicial, en el plazo de noventa días hábiles contados a partir de la publicación de la presente Ley, emite las disposiciones reglamentarias pertinentes que regulen los procedimientos, acceso, restricciones, funcionamiento del registro y demás aspectos necesarios para su efectiva implementación.

SEXTA. Campañas de difusión

La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, a través de su Coordinación General, realiza campañas de difusión sobre los alcances de la norma, dirigida a las empresas, a la policía, a los fiscales, a los procuradores, a los jueces y a los ciudadanos.

SÉTIMA. Financiamiento

La implementación de lo establecido en la presente Ley se financia con cargo a los presupuestos institucionales de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al tesoro público.

REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, Manuel, “Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares”, en Urquiza Olachea, José; Manuel Abanto Vásquez y Nelson Salazar Sánchez (coords.), *Dogmática penal de derecho penal económico y político criminal. Homenaje a Klaus Tiedemman*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 19-88.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis y Ana Isabel Pérez Machío, “Hacia un derecho penal de las personas jurídicas: el derecho español”, en Urquiza Olachea, José; Manuel Abanto Vásquez y Nelson Salazar Sánchez (coords.), *Dogmática penal de derecho penal económico y político criminal. Homenaje a Klaus Tiedemman*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 89-106.
- García Caverio, Percy, “Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano”, en el portal web del Anuario de derecho penal, Friburgo: 2008. Recuperado de <bit.ly/2iarZ27>.
- Gómez-Jara Díez, Carlos, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*, Lima: Ara, 2010.
- Pradel, Jean, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones”, en el portal web del Anuario de derecho penal, Friburgo: 2008. Recuperado de <bit.ly/2iC5Tlf>.
- Reaño Peschiera, José Leandro, *Derecho penal económico*, Lima: Academia de la Magistratura, 2016.

Silva Sánchez, Jesús María, La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2.a ed., Madrid: Civitas, 2001.

Tiedemann, Klaus, Derecho penal económico, Lima: Grijley, 2009.

Vervaele, John A. E., “La responsabilidad penal de y en seno de la persona jurídica en Holanda”, en Reyna Alfaro, Luis (coord.), Nuevas tendencias en el derecho penal y económico de la empresa, Lima: Ara, 2005.

Bramont Arias Torres, Luis Alberto y María del Carmen Garcias Cantizano. (1998). Manual de derecho penal. Parte especial, 4.a ed., Lima, Perú: Editorial San Marcos.

Grompone Velásquez, A. (2016). Las prefecturas y la articulación social en la formación del estado republicano, Junín 1830-1839. Tesis de Maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

LANDA, C. (2002) Dignidad de la persona humana. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N°7. UNAM. México.

ART. 13° de la Ley N° 30438.- Ley que modifica el Decreto Legislativo 1140, Decreto Legislativo que crea la Oficina Nacional de Gobierno Interior.

Directiva que establece los requisitos y procedimientos para la designación, conclusión, aceptación de renuncia y encargo de puesto y/o funciones de las autoridades políticas a nivel nacional en la Onagi.

Gaceta Constitucional (Ed) (2008) *Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano (1981) “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Volumen 1, Nº 3. Setiembre-diciembre 1981. Pág. 170.

Para mayores detalles y precisiones, confróntese BRAGE CAMAZANO, Joaquín. “Nota Liminar”. En: HÄBERLE, Peter. “Nueve Ensayos Constitucionales y Una Lección Jubilar.” Palestra Editores - Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Lima, 2004. Pág. 10; asimismo, SERNA, Pedro y SOLLER, Fernando. “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales”. La Ley. Buenos Aires, 2000. Págs. 44 y 45.

Luis Prieto, *Justicia constitucional*.... Cit., págs. 115,118 y 119.

TUPA del MININTER/DGG

Página Oficial de la Oficina Nacional de Gobierno Interior. (2016)

Antecedente: Dirección Nacional de Gobierno Interior – DGGI.

Recuperado de

<http://www.onagi.gob.pe/portal/onagi/detalle/Resena/8>

Pedro Álvaro Reyna Gil (Maestría en Derecho Administrativo y Asesor en temas constitucionales en la UPAO, Docente en la UCV.)

Pedro Álvaro Reyna Gil (Maestría en Derecho Administrativo y Asesor en temas constitucionales en la UPAO, Docente en la UCV.)

Jones Alder Coronado Idrogo, ex Gobernador Regional de La Libertad designado mediante resolución Suprema N°098-2016-IN de fecha 18 de enero de 2016.

- PÉREZ ARIAS, J. (2014) Sistema De Atribución De Responsabilidad Penal A Las Personas Jurídicas. Madrid: Dykinson.
- VELASCO NUÑEZ, E.(2012) Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales. Diario La Ley, núm. 7883.
- CUADRADO RUIZ, MA (2007) en La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿Un paso hacia atrás?. Revista Jurídica de Castilla Y León. N.º 12.
- Directiva N°0010-2015-ONAGI-DGAP.
- Las Autoridades Políticas, son los Prefectos.
- Fernández S. Carlos. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Editorial San Marcos, Lima, edición 2004, pág. 129.
- Ferrajoli, Luigi (2000) Derecho y Razón, cit págs. 883 y 906.
- García B. Domingo, (2007) *Constitución y Política*, 3ra. Edición revisada y corregida, Lima, 2007

ANEXOS

ENCUESTA

1. ¿considera que existe responsabilidad penal de las personas jurídicas en función a los delitos ambientales en la región Lambayeque?

- a) siempre
- b) casi siempre
- c) rara vez
- d) nunca

2. ¿considera en función a las normativas existentes para poder vivir en un ambiente saludable es necesario implementar mejores de control para las empresas públicas y privadas en relación al cuidado del ecosistema?

- a) Si
- b) No

3. ¿considera que la fragmentariedad de la ley penal, podrá ayudar de manera específica a poder determinar los delitos más relevantes que originen daño al ecosistema?

- a) siempre
- b) casi siempre
- c) rara vez
- d) nunca

4. ¿considera que el estado a través del ministerio del ambiente, ayudar a proteger el ecosistemas y poder brindarle a la población un ambiente saludable y acorde para vivir?

- a) siempre
- b) casi siempre
- c) rara vez
- d) nunca

5. ¿considera usted que el estado, debe impulsar y promover el cumplimiento de las obligaciones ambientales en los agentes económicos y la mejora del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, de manera articulada, efectiva y transparente, contribuyendo con el desarrollo sostenible del país?

- a) siempre
- b) casi siempre
- c) rara vez
- d) nunca

6. **¿considera usted que las sanciones en relación a los delitos ambientales en el estado peruano es muy ineficiente, teniendo en cuenta que no son muchos los caos visto en materia ambiente y daño al ecosistema?**

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Regularmente de acuerdo
- d) No estoy de acuerdo

7. **¿ considera que empirismos aplicativos en relación al tema de investigación y que estos se deben a que el estado peruano no busca solucionar las malas aplicaciones que existen referente a la norma ambiental?**

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Regularmente de acuerdo
- d) No estoy de acuerdo

8. **¿está de acuerdo con la propuesta de la OEFA al establecer que “Un país moderno que aproveche sosteniblemente sus recursos naturales y que se preocupe por conservar el ambiente conciliando el desarrollo económico con la sostenibilidad ambiental en beneficio de sus ciudadanos?**

- a) Si
- b) No

9. **¿ la Implementación de una norma que regule de adecuadamente la protección del medio ambiente, implementando el principio de fragmentariedad para los delitos y buscando respetar los tratados y convenios internacionales?**

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Regularmente de acuerdo
- d) No estoy de acuerdo