



# DELITOS AMBIENTALES

—  
UNA PERSPECTIVA DESDE  
LA DEFENSA DEL BIEN JURÍDICO



DERECHO  
AMBIENTE Y  
RECURSOS  
NATURALES





# DELITOS AMBIENTALES

—  
UNA PERSPECTIVA DESDE  
LA DEFENSA DEL BIEN JURÍDICO



D E R E C H O  
A M B I E N T E Y  
R E C U R S O S  
N A T U R A L E S

## **Delitos ambientales. Una perspectiva desde la defensa del bien jurídico**

---

Autores:

**Varios autores**

Director:

**César Gamboa Balbín**

Editores:

**Ashley Dhanía Mamani Dávila**

**Adriana Sofía Castro Valle**

Editado por:

**Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)**

Jirón Brigadier Mateo Pumacahua 2249, Lince, Lima - Perú.

Correo electrónico: dar@dar.org.pe

Página web: www.dar.org.pe

Coordinación de la publicación:

**Johana Mendoza Vargas**

Diseñado por:

**DC Comunicaciones**

Primera edición digital, diciembre 2022

Libro electrónico disponible en [www.dar.org.pe](http://www.dar.org.pe)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional 2022-12427

ISBN: 978-612-4210-91-4

Referencia sugerida

**Derecho, Ambiente y Recursos Naturales. 2022. Delitos ambientales. Una perspectiva desde la defensa del bien jurídico. Lima, Perú. 244 pág.**

---

Está permitida la reproducción parcial de este libro, tratamiento informático, transmisión por cualquier forma o medio —sea electrónico, mecánico, por fotocopia u otros—, con la necesaria indicación de la fuente.

El contenido de los artículos es de responsabilidad exclusiva de los autores, y, en ningún caso, refleja los puntos de vista de las instituciones del sector justicia.

# ÍNDICE

<b>PRÓLOGO.....</b>	<b>7</b>
---------------------	----------

CAPÍTULO I .....	9
------------------	---

## **CUESTIONES PRELIMINARES RELATIVAS A LOS DELITOS AMBIENTALES**

NATURALEZA IUSFUNDAMENTAL DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y SU VINCULACIÓN EN LA LABOR FISCAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO .....	10
--	----

*José Odicio Bueno*

MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DELITOS AMBIENTALES .....	17
---	----

*Jesús Gregorio Gavilán Pariguana*

LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN LOS DELITOS AMBIENTALES Y EL USO DE TECNOLOGÍAS.....	30
--	----

*Alberto Yusen Caraza Atoche*

CAPÍTULO II.....	43
------------------	----

## **DELITOS DE CONTAMINACIÓN**

LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN DELITOS DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE DENTRO DEL CONTEXTO EMPRESARIAL: ¿SOLO TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER?.....	44
---	----

*Dann Alexander Coraje Aguila*

NECESIDAD DE REFORMULAR EL CONTENIDO DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS RESIDUOS SÓLIDOS....	69
---	----

*Rosa Victoria Cabrera Castillo*

TRATAMIENTO DEL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE RESIDUOS PELIGROSOS: ARTÍCULO 307 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO.....	76
--	----

*Alexander Arnaldo Ala Pérez*

EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.....	92
---	----

*Paul Cristian Alarcón Soto*

DELITO DE MINERÍA ILEGAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA EXTRACCIÓN DE MATERIAL DE ACARREO EN LOS ÁLVEOS O CAUCES DE LOS RÍOS .....	103
--	-----

*Martha María Solís Vásquez*

EL DELITO DE FINANCIAMIENTO DE LA MINERÍA ILEGAL.....	127
---	-----

*Miguel Ángel Córdova Santos*

CAPÍTULO III .....	139
--------------------	-----

## **DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES**

DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE ESPECIES ACUÁTICAS DE LA FLORA Y FAUNA .....	140
--	-----

*Silvia Carolina Rumiche*

TRÁFICO ILEGAL DE RECURSOS GENÉTICOS .....	152
--	-----

*Angie Guadalupe Slee Ticona*

LA PRETENSIÓN CIVIL EN EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PRODUCTOS FORESTALES MADERABLES .....	159
---	-----

*César Augusto Romero Ruiz*

UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TIERRAS AGRÍCOLAS .....	177
---	-----

*Noé Humberto García Vera*

EL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TIERRAS AGRÍCOLAS TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 311 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO .....	189
---	-----

*Carolina Amiry Cáceres Zúñiga*

ANÁLISIS Y PROPUESTAS NORMATIVAS PARA EL DELITO DE ALTERACIÓN DEL PAISAJE .....	202
---	-----

*Roldán Soto Salazar*

CAPÍTULO IV .....	225
-------------------	-----

## **DELITOS DE RESPONSABILIDAD FUNCIONAL E INFORMACIÓN FALSA**

EL DELITO DE RESPONSABILIDAD FUNCIONAL POR INFORMACIÓN FALSA CONTENIDA EN INFORMES FRENTE A LA LEGISLACIÓN FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE .....	226
--	-----

*Franco Gonzales Macedo*

# PRÓLOGO

“No se puede pasar un solo día sin tener un impacto en el mundo que nos rodea. Lo que hacemos marca la diferencia, y tenemos que decidir qué tipo de diferencia queremos hacer”

**Jane Goodall**

*Mensajera de la Paz de Naciones Unidas*

Los delitos ambientales se han incrementado rápidamente en la última década, especialmente en la Amazonía. En este contexto, nos enfrentamos a un panorama desolador que alberga una expansión incontrolable de la minería ilegal, la tala ilegal y el tráfico de flora y fauna silvestre, lo cual acelera la degradación ecosistémica de nuestro territorio. Ante la preocupación por el actual contexto y la alta especialización que demanda la investigación de delitos ambientales, nació el compromiso de generar un recurso de utilidad en la materia de justicia.

Así, el diálogo que ha sostenido la asociación civil Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR) con diferentes operadores de justicia en materia ambiental, a través del procurador público del Ministerio del Ambiente, Julio César Guzmán Mendoza, y del abogado Paul Flores, especialista de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente, ha dado como resultado este libro.

El objetivo de este libro es constituirse como una herramienta práctica dirigida a los operadores de justicia, investigadores, estudiantes y personas interesadas en la materia, con respecto al tratamiento de los delitos ambientales incluidos en el Título XIII del Código Penal. En ese sentido, los dieciséis autores que han participado en el libro, a quienes agradecemos, proponen nuevos puntos de vista, los que contribuyen al desarrollo de la dogmática penal en materia ambiental y constituyen, además, innovadoras alternativas para el fortalecimiento de dicha materia.

El valor de esta publicación reside en que los operadores jurídicos comparten, de primera mano, su experiencia con respecto a la investigación y procesamiento de casos relativos a delitos ambientales. Así, los lectores podrán conocer directamente las dificultades, oportunidades de mejora y nuevas perspectivas para continuar con la lucha frontal relativa a estos delitos.

Para concluir este prólogo, me permito invitar a la comunidad interesada en la materia a consultar el contenido de este libro. Pues, con base en la investigación e innovación, lograremos impactar positivamente en el arduo camino que la justicia ambiental tiene pendiente en nuestra realidad.

Atentamente,

**César Leonidas Gamboa Balbín**

Director ejecutivo

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)





## CAPÍTULO I

# **CUESTIONES PRELIMINARES RELATIVAS A LOS DELITOS AMBIENTALES**

---

# NATURALEZA IUSFUNDAMENTAL DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y SU VINCULACIÓN EN LA LABOR FISCAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

José Odicio Bueno<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. Desarrollo: la importancia de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en la labor judicial y fiscal, 3. Conclusiones, 4. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Para el enfoque del tema, conceptualizaremos los términos Estado de derecho y Estado constitucional de derecho. El primero es concebido como el sometimiento del orden político y jurídico a la ley. Es decir, se trata del imperio de la ley y el gobierno de las leyes, con independencia de su orientación. Por ello, el juez se convierte en boca de la ley, y el fiscal, de seguro, en acérrimo defensor de la legalidad únicamente. En el segundo, un Estado constitucional de derecho, a decir de Aguiló Regla (2001, p. 450): no solo se cuenta con una Constitución formalmente establecida, diferenciada en superioridad a la ley ordinaria, sino que se asumen valores y fines del constitucionalismo como ideología. Esto quiere decir que son «idóneas para asegurar los valores y fines reconocidos». Además, se plasma la exigencia de que los parámetros normativos deban ser practicados, es decir, que se consoliden en la práctica jurídica y política para afirmar que desempeña un papel en la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la sociedad.

En el Perú, aún escuchamos y leemos posturas reflejadas en el Estado de derecho, interiorizamos erróneamente que la «ley lo es todo» y que el sometimiento a la misma debe ser indiscutible. Felizmente, esta visión va tornándose histórica y poco vigente por sus propias contradicciones. El imperio de la ley, su coactividad y coercibilidad, esencialmente, son instrumentos de regulación de la conducta social

---

1 Abogado por la Universidad Nacional San Antonio Abad de Cusco, magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Procesal Civil por dicha universidad, con estudios de especialización de Derecho y Gestión Ambiental; miembro de la Red Latinoamericana del Ministerio Público Ambiental y de la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas. Ha desempeñado la función pública en diferentes instituciones y actualmente ejerce la función fiscal como fiscal provincial de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Cusco, con más de diez años de servicios.

del hombre. Además, en un Estado constitucional de derecho, se tiene la ley, pero también mecanismos nacionales e internacionales que buscan la protección de los derechos fundamentales y del orden político democrático, incluso por encima del precepto legal; por ejemplo, estos pueden ser sometidos a un control constitucional de compatibilidad y también a un control de convencionalidad. Todo ello garantiza la supremacía de la Constitución y de los valores y fines reconocidos como esenciales para la vida en sociedad. Y, de acuerdo con lo expresado, «el orden jurídico legítimo ya no será aquel que simplemente respeta los derechos, sino aquel que desarrolla en positivo todas las exigencias normativas derivadas de los derechos» (Aguiló Regla, 2001, p. 455).

Asimismo, es trascendental para abordar el tema de la importancia de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales, mencionar lo que Castillo-Córdova —quien además ha expresado su preocupación por la vaguedad de la regulación de los derechos fundamentales dentro de la Constitución peruana, la cual requiere de actividad interpretativa— ha señalado como las *disposiciones iusfundamentales* (2012, p. 3): «Los Derechos Humanos son el conjunto de bienes humanos debidos a la persona humana por ser persona humana, y cuya adquisición le permite alcanzar su pleno desarrollo en la medida que con ello logra satisfacer necesidades y exigencias humanas» (2012, p. 11).

Esta definición nos permite apreciar los derechos humanos más allá del reconocimiento del derecho positivo, cuando refiere que son bienes humanos debidos («primeros principios básicos evidentes, premorales y fundamentales, que dotan de razonabilidad y de un fundamento objetivo al fenómeno jurídico» [Etcheverry, 2013, como se citó en Dandois, 2014., párr. 35]), otorgados por el solo hecho de ser personas humanas y destinados a la satisfacción de necesidades humanas. Esta conceptualización hace referencia a la universalidad de los derechos humanos y su ilimitación territorial, mientras que la conceptualización de los derechos fundamentales se encuentra más relacionada con la constitucionalidad de cada país.

En este punto, permítaseme ejemplificar un caso relacionado con mi función fiscal, caso referido a la naturaleza *iusfundamental* del derecho al medio ambiente equilibrado (consagrado en el artículo 2, inciso 22 de la Constitución Política del Perú). La relación de la persona humana (como todo ser vivo) y su entorno ambiental es esencial y concomitante con la condición humana, por lo que su relación con este tiene que lograr la satisfacción de las necesidades y exigencias humanas, pero no de aquellas que busquen el aprovechamiento desmedido de los recursos de su entorno (contrario a la naturaleza humana), sino de aquellas que garanticen la sostenibilidad y la satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones, y sean compatibles con la dignidad humana. En este punto, identifico el carácter *iusfundamental* del derecho al medio ambiente equilibrado.

Junto con el derecho al medio ambiente equilibrado, se puede mencionar los derechos a la vida, a la salud, a la educación, a la libertad, a la intimidad, al desarrollo de la personalidad, a participar en la vida social y política del Estado, entre otros.

Otro aspecto que será útil en la identificación de la importancia de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales es lo afirmado por el maestro García Amado (2004) respecto a la interpretación constitucional. Presenta tres posiciones de interpretación y tres concepciones del derecho: la **teoría o interpretación lingüística**, que tiene por finalidad desentrañar el sentido semántico, sintáctico y pragmático del enunciado normativo y lingüístico; la **teoría o interpretación**

**intencionalista o subjetiva**, que señala que los enunciados legales expresan los contenidos de la voluntad y las intenciones del legislador, por lo que interpretar será averiguar la intención del autor de la norma; y la tercera es la **teoría o interpretación axiológica o material**, que concibe el Derecho como un sistema de valores, por lo que el sentido de las normas deberá ser aquel que guarde relación con el sistema de valores establecidos por el Derecho, es decir, se trata de jurisprudencia de valoraciones.

Con las consideraciones expuestas, debo mencionar que el propósito del presente artículo es expresar reflexiones personales acerca de la importancia de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el sometimiento del ejercicio de la magistratura a dicha interpretación en un Estado constitucional de derecho, con especial atención en la labor fiscal, considerando que en nuestras manos (las de los fiscales) no se encuentra el control difuso de constitucionalidad, pero sí lo está el sometimiento de nuestra función al respeto de los derechos fundamentales.

## 2. DESARROLLO: LA IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LABOR JUDICIAL Y FISCAL

Como se mencionó, los derechos humanos tienen su origen, sustento, naturaleza y razón de ser en la persona humana por el solo hecho de serla. En ese sentido, su obligatoriedad no proviene de la ley, del reconocimiento estatal o político que:

pueda estar sujeto a la arbitrariedad del legislador, este no se verá sujeto a ningún límite a la hora de crear y decidir la vinculación de los derechos humanos (...) los derechos humanos quedarán en definitiva a expensas de lo que una mayoría parlamentaria diga que es debido o no debido. (Castillo-Córdova, 2012, p. 20)

Los derechos fundamentales adquieren obligatoriedad en la dignidad de la persona, considerando a esta como el inicio y fin del derecho; por ello, la categoría *iusfundamental*, por ejemplo, del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, se sustenta en que, con el respeto al medio ambiente, se garantiza el respeto a la dignidad humana, ya que no es posible concebir una vida digna del ser humano en un ambiente desfavorable o ecológicamente destruido.

Tanto los derechos humanos como los derechos fundamentales han adquirido una enorme importancia no solo en la labor de la magistratura nacional (labor de jueces y fiscales), sino también en la vida diaria: estos, puede decirse, son la linterna bajo cuya luz puede apreciarse la vida intersubjetiva de la persona.

No se puede concebir una actividad humana que no se encuentre guiada por los derechos humanos; así, se ve la realización de las actividades de vivencia más esenciales o primarias, como adquirir insumos básicos de la vida diaria, o de

bienes, y la contratación de servicios; proveernos de servicios de transporte, salud y educación; gozar de espacios limpios para la realización de nuestra personalidad; formar y conformar una empresa; concurrir a un centro laboral; criticar resoluciones judiciales; acceder a servicios de justicia y administrativos; impugnar un acto legislativo e incluso criticar la institucionalidad en torno a los derechos humanos; etc. Todas estas actividades se encuentran orientadas por los derechos humanos; no es posible concebir a la persona humana sin que lleve implícitos sus derechos.

«Los derechos fundamentales tienen que ser interpretados constitucionalmente» es una afirmación con la que estoy de acuerdo. Sin embargo, dentro de un Estado constitucional de derecho, la constitución formal tiene, como lo menciona Loewenstein (Aguiló Regla, 2001, p. 442), que ser normativa y nominal; esto es, que sus principios deben practicarse y que aspiren a ser practicados. En nuestra realidad, se aprecia mucho esta discordancia entre la característica semántica y la naturaleza normativa de la Constitución, especialmente en lo relacionado con el respeto a los derechos fundamentales.

En un Estado constitucional de derecho, qué duda cabe, tienen que existir formal y materialmente mecanismos e instrumentos judiciales y constitucionales que posibiliten a cualquier persona el respecto a sus derechos fundamentales, la proscripción de las agresiones y el remedio o la reparación del daño o peligro causado.

Sin embargo, en un Estado constitucional:

la Constitución formal debe ser aceptada como contenido de normas fundamentales del sistema jurídico y político; esto es, tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que, de hecho, en torno a la constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad. (Aguiló Regla, 2001, p. 452)

Entendemos con lo que menciona que en un Estado constitucional no solo se debe «tener una Constitución», sino que se debe «vivir en Constitución», que, en definitiva, es cuando los valores e ideales plasmados en la comunidad son practicados (Aguiló Regla, 2001, p. 445).

En el Perú, considero que existen esfuerzos serios por implementar un Estado constitucional, principalmente en la doctrina y la jurisprudencia; pero estos esfuerzos se ven reducidos por la realidad y por el nivel legislativo existente. Un ejemplo es el reconocimiento de la tipificación del delito de minería ilegal con la finalidad de proteger el medio ambiente sano y equilibrado de esta conducta contaminante guiada por el accionar codicioso de los buscadores de oro. Sin embargo, concomitante a la tipificación delictiva se implementa un proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal con expresas causales de exención de responsabilidad penal para aquellos mineros que solo se incluyan en dicha formalización: un claro ejemplo de la poca intención de salvaguardar el medio ambiente en su dimensión *iusfundamental*.

La interpretación constitucional de los derechos fundamentales es una labor que trasciende la actividad judicial o fiscal. Tiene que, como se dijo, ser la linterna que alumbró el camino de la concepción de la persona humana en la sociedad.

Sin embargo, la labor judicial y fiscal adquiere especial relevancia, dado que en manos de jueces está la administración de justicia, y en manos de fiscales, su promoción. Pero en manos de ambos están los derechos e intereses de los justiciables, quienes aspiran a recibir justicia.

Respecto a la labor constitucional de los jueces, considero (sin entrar en más detalle debido a mi función de fiscal) que es de suma importancia, ya que en sus manos está el control difuso de la constitucionalidad, y aunque no hubo muchos casos en que un juez inaplicara una ley al caso concreto por haber identificado rasgos de inconstitucionalidad, considero que el control difuso constituye una herramienta de interpretación constitucional de los derechos fundamentales, «ya que no se refiere a una mera comparación entre lo que dice la norma y lo que fluye de la Constitución, sino que necesariamente requiere de una exhaustiva y cuidadosa evaluación de propósitos constitucionales» (Sequeiros Vargas, 2009, p. 144).

La labor constitucional fiscal es especial. No está en nuestras manos (es decir, en manos de los fiscales) el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, mucho menos el control concentrado; sin embargo, el accionar fiscal no está exento de la responsabilidad constitucional, esencialmente relacionado con el respeto a los derechos fundamentales.

El Ministerio Público, conforme a su Ley Orgánica, es defensor de la legalidad. Expresamente, refiere en su artículo 1, que las funciones principales son la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos. Pareciera que esta regulación obedece a un Estado de derecho en el que prima la ley.

Me atrevo a enfocar constitucionalmente la labor fiscal, ya no como defensor solo de la legalidad, sino de la constitucionalidad y de la legalidad. Y si bien no es posible afirmar la titularidad del control constitucional difuso en los fiscales, sí es posible plasmar en ello la naturaleza requirente y de promotor de justicia del Ministerio Público.

La interpretación constitucional de los derechos fundamentales en la labor fiscal se plasma, igualmente, en la concepción de la importancia y trascendencia de los derechos fundamentales de una persona humana. Esa forma de enfocar las intervenciones fiscales, los requerimientos y disposiciones fiscales es fundamental para el respeto a los derechos fundamentales y la procedencia excepcional y absolutamente necesaria de las restricciones a estos, y guardando absoluta relación con los fines de la investigación fiscal. Un punto contradictorio a lo mencionado se observa cuando en nuestro sistema fiscal se presentan requerimientos de detenciones o prisiones preventivas motivadas por presiones mediáticas o políticas, desconociendo la naturaleza residual de las mismas y desconociendo que las limitaciones o restricciones a la libertad de las personas deben incoarse solo cuando ello esté debidamente justificado y sea absolutamente necesario para los fines de la investigación fiscal y para la persecución del delito. Esto no significa interpretar constitucionalmente los derechos fundamentales.

Un caso que considero importante en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales, y desde mi ejercicio como fiscal con competencia en materia ambiental, es la tipificación del delito de minería ilegal contenido en el artículo 307-A del Código Penal. Dicho tipo penal sanciona penalmente los actos mineros de extracción, explotación, exploración u otros similares de minerales metálicos «y» no metálicos, con la aclaración de que la conjunción «y» al referir al tipo de minerales se encuentra expresamente regulada en el tipo penal. Esta situación ha ocasionado

que la interpretación judicial lleve consigo la exigencia de que, para la configuración del referido delito, la conducta consistente en el acto minero deba recaer tanto en minerales metálicos como en minerales no metálicos al mismo tiempo.

Como se dijo anteriormente, considero que el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado tiene naturaleza *iusfundamental*, cuya titularidad pertenece a la sociedad en conjunto, en forma indeterminada. Ello comporta que los actos atentatorios al medio ambiente deban ser interpretados constitucionalmente. Si asumimos, en una interpretación literal, que el minero, además de actividad minera metálica debe realizar minería no metálica para configurar el delito, la consecuencia será la imposibilidad fáctica y jurídica de poder reprimir las conductas mineras ilegales y, por consiguiente, una fáctica despenalización del delito de minería ilegal, con graves consecuencias al medio ambiente.

Por ello, considero que la interpretación constitucional del instrumento penal protector del derecho fundamental al medio ambiente equilibrado (tipificación del delito de minería ilegal) debe plasmar necesariamente criterios de operatividad fáctica y real. Asimismo, debe considerar la finalidad axiológica del enunciado normativo y cuál es la protección del medio en el que vivimos. Atendiendo a ello, deberá ser suficiente, penalmente, que el minero ilegal realice actividad minera metálica o no metálica para que cometa un delito. Considero que la interpretación no puede limitarse a la lingüística o semántica, sino que debe trascender la axiológica o material.

### 3. CONCLUSIONES

1. En un Estado de derecho, el juez es boca de la ley, y el fiscal, defensor acérrimo de la legalidad únicamente. En un Estado constitucional de derecho, la defensa de la Constitución es labor de jueces y fiscales.
2. En el Estado constitucional de derecho, no solo se respetan los derechos, sino que se desarrollan en positivo los mecanismos derivados de los derechos fundamentales. El reconocimiento de los derechos fundamentales existe más allá de su reconocimiento positivo y se sustenta en la dignidad humana.
3. El derecho a un medio ambiente sano y equilibrado pertenece al escenario *iusfundamental*; por ello, la interpretación de su protección penal debe enmarcarse constitucionalmente y en pro de su protección.
4. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales debe ser una luz que alumbré el análisis y trabajo de jueces y fiscales en el desempeño de sus funciones; en el caso de los fiscales, desde su naturaleza requirente y promotora de justicia.
5. En el Perú, se observa mucho la discordancia entre la característica semántica y la normativa de la Constitución, especialmente relacionada con el respeto a los derechos fundamentales. Tenemos una Constitución formal cuyos valores y principios muchas veces no se practican.

## 4. BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, J. (2001). *Sobre la constitución del Estado constitucional*.
- Caso Lizama Puelles, 58542005-PA/TC. (8 de noviembre de 2005). Tribunal Constitucional.
- Castillo-Córdova, L. (2012). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del Derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*.
- Constitución Política del Perú. (1993). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>
- Dandois, M. (2014). Los bienes humanos básicos y la fundamentación del Derecho. Un estudio de la propuesta de Jhon Finnis. *Dikaion*, 23(1). <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4269/3661>
- Etcheverry, J. B. (2013). *Ley, moral y razón*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- García Amado, J. A. (2004). La interpretación constitucional. *Revista Jurídica de Castilla y León*.
- Sequeiros Vargas, I. (2009). El ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 5(5), 141-153.



# MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DELITOS AMBIENTALES

Jesús Gregorio Gavilán Pariguana<sup>2</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. Suspensión inmediata de actividades contaminantes, extractivas o depredatorias, 3. Incautación y decomiso, 4. Allanamiento, 5. Conclusiones, 6. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Qué duda cabe, en los últimos años, los delitos ambientales han alcanzado un papel importante en el escenario del delito en nuestro país, y no solo por la sofisticación de sus métodos, la compleja actividad delictiva cometida en el seno empresarial y la creación de organizaciones criminales, sino, también, por los efectos tan devastadores que producen.

Basta echar un vistazo a los escenarios casi apocalípticos que se observan en algunas regiones de la selva peruana, causados por la devastación de nuestros bosques, por el derrame de combustible y mercurio en nuestros ríos, entre otros hechos. Y es que la razón de ser de estos tipos penales es, precisamente, proteger un bien jurídico de carácter fundamental, como lo es un medio ambiente equilibrado.

Sin embargo, esta función tutelar que pretende el ordenamiento jurídico penal tiene un primer obstáculo en el mismo desarrollo del proceso (investigativo, de juzgamiento, etc.), el cual, generalmente, no se desenvuelve con procedimientos rápidos y eficaces<sup>3</sup>, sino durante periodos largos, de manera que esta demora puede acarrear un perjuicio mayor y latente sobre el bien jurídico —*equilibrio*— del medio ambiente y/o —*uso sostenido*— de los recursos naturales<sup>4</sup>.

2 Abogado por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, magister en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Privada de Tacna, discente en el Máster de Política Criminal de la Universidad de Salamanca-España, se desempeña actualmente como fiscal adjunto provincial especializado en materia ambiental de Tacna.

3 Al respecto, César San Martín Castro refiere: «Ahora bien, se entiende, en primer lugar, que la satisfacción de las pretensiones no puede alcanzarse con solo los procesos de declaración y ejecución. Frente al tiempo transcurrido para la tutela demandada —toda actividad procesal, de investigación especialmente, requiere de un tiempo para realizarla, en ocasiones dilatado— y el riesgo de que no sea posible el debido esclarecimiento de los hechos, la realización del juicio por la ausencia del imputado o de hacer inútil o inejecutable la resolución que se dicte, surge una subfunción de la jurisdicción, llamada de seguridad, de protección o de cautela, que se realiza a través del proceso de protección o de coerción o cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos subfunciones: declaración y ejecución» (2020, p. 634).

4 En esa misma línea, Alonso Peña Cabrera (2018) señala lo siguiente: «Si en el presente apartado de la criminalidad hemos hecho alusión a conductas prohibidas, cuyo disvalor puede producir efectos sumamente perjudiciales para los componentes ambientales para el Sistema Ecológico, no se puede esperar el dictado de la sentencia condenatoria para que los órganos estatales predispuestos, puedan ejecutar medidas asegurativas, orientadas a la tutela de los bienes jurídicos lesionados por el comportamiento antijurídico» (p. 436).

Por ello, de similar manera que se optó por incorporar en la legislación ambiental el denominado principio precautorio<sup>5</sup>, considero que el legislador optó también por incorporar normas de carácter procesal en el Título XIII del Código Penal peruano, que tengan una finalidad similar en el campo de los delitos ambientales.

Y es que, de forma muy independiente al ejercicio de la acción penal en estos delitos, es necesario contar con las medidas cautelares que aseguren el éxito de esta y que el objeto de protección —medio ambiente— no devenga en «ilusorio»; medidas que no solo garanticen la protección efectiva y oportuna del medio ambiente ante daños o potenciales daños graves, sino, también, que propugnen otorgar un sustento probatorio —idóneo— para su persecución y ulterior sentencia.

Todo ello, sin perjuicio —señala el Código Penal— de las acciones y medidas que le corresponda ejecutar al ente administrativo competente, lo cual, considero, no significa en absoluto una persecución simultánea por los mismos fundamentos —proscrita por nuestro ordenamiento—, en tanto nuestro intérprete constitucional ya ha sido reiterativo y enfático en señalar que tanto la vía administrativa como la vía penal obedecen a fundamentos jurídicos distintos.

Veamos qué tipo de medidas son las previstas en nuestro Código Penal, no sin antes señalar que su aplicación y desarrollo se han de realizar mediante una interpretación sistemática de las reglas y pautas que establece nuestro Código Procesal Penal, que, además, es en donde se establecen los presupuestos, requisitos y formas como se deben ejecutar y plantear estas acciones.

## 2. SUSPENSIÓN INMEDIATA DE ACTIVIDADES CONTAMINANTES, EXTRACTIVAS O DEPREDATORIAS

Artículo 314-C.- Medidas cautelares:

Sin perjuicio de lo ordenado por la autoridad administrativa, el Juez dispondrá la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria, así como las otras medidas cautelares que correspondan.

En los delitos previstos en este Título, el Juez procederá a la incautación previa de los especímenes presuntamente ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del presunto ilícito. Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, ordenará el allanamiento o descerraje del lugar donde presuntamente se estuviere cometiendo el ilícito penal.

5 Al respecto, en nuestra Ley General del Ambiente, Ley n.º 28611, se señala en el artículo VII lo siguiente: «Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente». Y el artículo 137.1 señala: «Iniciado el procedimiento sancionador, la autoridad ambiental competente, mediante decisión fundamentada y con elementos de juicio suficientes, puede adoptar, provisoriamente y bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en la presente Ley u otras disposiciones legales aplicables, si es que sin su adopción se producirían daños ambientales irreparables o si se arriesgara la eficacia de la resolución a emitir».

En caso de emitirse sentencia condenatoria, los especímenes ilícitos podrán ser entregados a una institución adecuada, según recomendación de la autoridad competente, y en caso de no corresponder, serán destruidos.

En ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado.

Se señala en el artículo 314-C del Código Penal lo siguiente: «el Juez dispondrá la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria, así como las otras medidas cautelares que correspondan». Considero que al igual que ocurre con lo previsto en el artículo 314-A —que no establecen una figura de autoría propia, sino que nos remite a las figuras de omisión impropia y actuar en lugar de otro— este precepto no resulta una figura procesal independiente y que, por el contrario, estaría haciendo referencia a las figuras de «Suspensión Preventiva de Derechos y Medidas Preventivas Contra las Personas Jurídicas», reguladas en los artículos 297 y 313 del Código Procesal Penal respectivamente, aplicadas específicamente al contexto de los delitos ambientales.

Por ello, conforme se ha adelantado en los párrafos *ut supra*, para la aplicación correcta de esta figura, ha de realizarse una interpretación sistemática con los preceptos generales de las medidas cautelares reguladas en los artículos 253 al 258 del Código Procesal Penal y en el artículo VI de su Título Preliminar, así como con las pautas específicas reguladas en los artículos 297 y 298 respecto a la **suspensión preventiva de derechos**, que señala lo siguiente (en el 298): «Las medidas de suspensión preventiva de derechos que pueden imponerse son las siguientes: (...) c) Prohibición temporal de ejercer actividades profesionales, comerciales o empresariales». Y de ser el supuesto de estar ante escenarios de delincuencia empresarial o de personas jurídicas (privadas o públicas), también con lo previsto en el artículo 313 del Código Procesal Penal —**Medidas preventivas contra las personas jurídicas**—, en el que se señala lo siguiente: «1. El Juez, a pedido de parte legitimada, puede ordenar respecto de las personas jurídicas: (...) b) La suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades».

## 2.1. NATURALEZA JURÍDICA Y EFECTOS

Esta medida cautelar tiene como efecto suspender la actividad presuntamente delictiva (contaminante, extractiva o depredatoria): ello, de forma previa a la finalización del proceso mediante la respectiva sentencia. En ese sentido, representa una injerencia a la libertad personal, en tanto representa una limitación por parte del Estado a la actividad económica o productiva que pudieran estar desarrollando determinados sujetos. Por ello, en primer lugar, se le cataloga como una **medida coercitiva**. En esa línea, el jurista Gálvez Villegas (2017, p. 26) manifiesta:

La coerción procesal penal se concreta específicamente a través de las llamadas medidas de coerción, que consisten en injerencias, intromisiones o restricciones de los derechos personales o reales (patrimoniales) de los involucrados en el proceso, que se justifican por razones de estricta necesidad y utilidad procesal y que constituyen expresión de la potestad coercitiva e imperativa del Estado, concretada, en este caso, por el órgano jurisdiccional o fiscal.

Estas medidas coercitivas, conforme señala el artículo 253.3 del Código Procesal Penal, pueden adoptar diferentes funciones: investigativas, de aseguramiento de pruebas, cautelares y de **prevención y protección de bienes jurídicos** cuando se busca evitar que el agente consume el delito, incremente los efectos perniciosos sobre este y la reiteración delictiva (Gálvez Villegas, 2017, p. 27); esto es, una **función protectora y tuitiva**<sup>6</sup>.

Este último tipo de medidas cautelares produce la innovación o cambio en el estado de las cosas respecto a cómo se encontraban al inicio del proceso, con el propósito de poner fin a una situación dañosa o situación de antijuricidad, de evitar el incremento del daño causado o de impedir que se realicen actuaciones perjudiciales a la víctima o a terceros<sup>7</sup>.

Por ello, podríamos calificar esta medida coercitiva como una de naturaleza **mixta**<sup>8</sup>, en tanto pretende ser, al mismo tiempo, una función preventiva, protectora y tuitiva. Cabe señalar que estas medidas no pueden calificarse propiamente como «medidas cautelares»<sup>9</sup> en tanto que no buscan asegurar los efectos de la sentencia o resolución final<sup>10</sup>, **sino que constituyen un fin en sí mismas —autosatisfactivas—**, como son la prevención especial negativa de evitar los efectos nocivos del delito ambiental y prevenir la comisión de futuros delitos<sup>11</sup> ambientales (reiteración delictiva) por un agente que, por su situación o posición frente al bien jurídico, por las facilidades con las que cuenta o por la propia naturaleza del hecho, muestra razones que evidencian el peligro concreto de que en el futuro pueda cometer el mismo o similares delitos<sup>12</sup>.

Así ocurre, por ejemplo, cuando se está ante un agente portador de conocimientos, antecedentes, potestades, facultades, empresas, bienes o herramientas que lo habilitan para realizar determinadas acciones que pueden significar extracción, contaminación o depredación, lo cual pondría en riesgo el medio ambiente (que está, por dichas razones, en situación de vulnerabilidad). En tal situación, se usa este tipo de medidas con el propósito de dar fin a la situación de preponderancia o prevalencia que habilita y/o facilita la realización de dichas conductas delictivas (Gálvez Villegas, 2017, p. 642).

6 «Evita que el imputado incurra en ulteriores hechos punibles, idénticos o análogos a los que provocaron la incoación del proceso, o bien que se consume o amplíe los efectos del delito enjuiciado. No son, pues, fin en sí mismas, sino un medio para asegurar los fines legítimos del proceso y de las consecuencias jurídicas de una probable sentencia condenatoria». (San Martín Castro, 2020, p. 638).

7 *Idem*, pp. 32-33.

8 En esa misma línea, José Luis Rivera Villanueva, la cataloga como una medida de naturaleza híbrida (como se citó en Muro Rojo, 2020, p. 1031).

9 Al respecto, indica Gálvez Villegas : «Las medidas cautelares se enmarcan dentro de las medidas coercitivas, pues entre ambas existe una relación de género a especie, siendo las coercitivas el género y las cautelares la especie, por ello, comparten muchas de sus finalidades, pero no todas; pues, no todo lo coercitivo es cautelar aunque todo lo cautelar es coercitivo; y claro, lo cautelar busca asegurar (función asegurativa) la eficacia o efectividad de lo que se decida en la sentencia o resolución final del proceso; esta cualidad define la naturaleza, los fines y las funciones de las medidas cautelares, a la vez que la diferencia de los demás tipos de medidas coercitivas, que pueden tener fines de investigación, protección de bienes, prevención de actos ilícitos o un carácter eminentemente tuitivo» (2017, p. 258).

10 Como ocurre, por ejemplo, con la prisión preventiva.

11 Según Roxin, tendrían una función preventiva policial.

12 «Las pretensiones de carácter tuitivo, cuyas finalidades se agotan en sí mismas, al evitar la continuación del estado de antijuricidad creado por el delito o evitar la concreción o aumento de daños irreparables de las partes. Esto es, tienen como finalidad equilibrar el proceso poniendo fin a una situación de antijuricidad o evitar el incremento del daño, el ordenamiento jurídico ha diseñado medidas de protección de ciertos bienes jurídicos, así como ciertas medidas de prevención de algunas acciones indebidas» (Galvez Villegas, 2017, p. 25).

Asimismo, en este punto es preciso calificar esta medida coercitiva como de **carácter personal**, en tanto podría representar una injerencia sobre la libertad de trabajo o de ejercer una determinada actividad —presuntamente delictivos—<sup>13</sup>.

La razón de ser de este tipo de medida coercitiva, consistente en, como se señala en el Código Penal, la suspensión de la actividad contaminante (artículo 304), extractiva (artículo 307-A) o depredatoria (delitos contra los recursos naturales: artículos 308 al 310-A) **es precisamente evitar la reiteración y permanencia delictiva** que puedan estar afectando o poniendo en grave riesgo el medio ambiente o sus componentes (como concepto amplio). Por ello, se hace necesaria su adopción de forma oportuna —en instancias iniciales—, con el fin de evitar mayor detrimento a consecuencia de la demora en la expedición y finalización del proceso penal.

Estas medidas —conforme reza el propio artículo bajo análisis— se dictan sin perjuicio de las que puede dictar la autoridad administrativa competente del sector<sup>14</sup> (el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental [OEFA], el Servicio Nacional Forestal [Serfor], una municipalidad, la Autoridad Nacional del Agua [ANA], etc.); incluso son distintas de las acciones de interdicción que se facultan, por ejemplo, para actividades de minería (Decreto Legislativo n.º 1100) o para la pesca ilegal (Decreto Legislativo n.º 1393).

## 2.2. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los presupuestos<sup>15</sup> para su dictado son los siguientes:

**a. Sujeto legitimado.** Conforme lo establece el artículo 255.1 del Código Procesal Penal, el fiscal es el único sujeto legitimado para requerir al juez de investigación preparatoria la imposición de una medida cautelar de estas características.

**b. *Fumus comissi delicti*.** Es necesario que existan elementos de convicción que indiquen con grado de sospecha reveladora que estamos ante la comisión de un delito<sup>16</sup> ambiental y de la vinculación y/o responsabilidad del sujeto y/o persona jurídica<sup>17</sup> que se verá afectado con la medida (como autor y/o partícipe). En tanto que no son medidas cautelares muy gravosas (como la prisión preventiva), considero que el estándar que ha de exigirse no debe ser muy alto, pero tampoco será suficiente la sola sindicación de delito<sup>18</sup>, propia de la sospecha simple.

13 En esa misma línea, se sitúan Óscar Zeballos Prado y José Luis Rivera Villanueva (como se citó en Muro Rojo, 2020, pp. 958 y 313).

14 El artículo 137.1 de la Ley General del Ambiente señala lo siguiente: «Iniciado el procedimiento sancionador, la autoridad ambiental competente, mediante decisión fundamentada y con elementos de juicio suficientes, puede adoptar, provisoriamente y bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en la presente Ley u otras disposiciones legales aplicables, si es que sin su adopción se producirían daños ambientales irreparables o si se arriesgara la eficacia de la resolución a emitir».

15 «Se entiende por juicio de coerción al conjunto de razonamientos y ejercicios valorativos que se llevan a cabo para decidir la procedencia y necesidad de acordar o no varias medidas de ese género. Comprende, de un lado, el examen de los presupuestos materiales de las medidas de coerción y, de otro, la aplicación de la regla de proporcionalidad, adecuación concretamente» (San Martín Castro, 2020, p. 644).

16 «El *fumus* es la apariencia o justificación del derecho subjetivo, que en el proceso penal es la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada —no la certeza de este— y que requiere de indicios delictivos» (San Martín Castro, 2020, p. 640).

17 Debe acreditarse con grado de probabilidad la manera en que la organización de la persona jurídica permitió o fue instrumentalizada para la consumación del injusto penal (Código Procesal comentado, 2020, p.1035).

18 Por ello, afirma Zeballos Prado que el momento ideal para solicitar esta medida sería una vez formalizada la investigación preparatoria (como se citó en Muro Rojo, 2020, p. 960).

Habrà de corroborarse el *fumus* con algùn informe técnico y/o fundamentado, una pericia, una constatación o inspección técnica u otro dato objetivo que lo sustente, principalmente en lo referido al daño o potencial daño ambiental, que exigen los tipos penales en cuestión, lo cual considero como lo más problemático en cuanto a aspecto probatorio.

**c. Peligro procesal de reiteración delictiva y necesidad de poner término a esta.**

Ha de contarse con datos (objetivos) que acrediten —en atención a las específicas modalidades y circunstancias del hecho o por las condiciones personales del agente— que se está ante un peligro que puede mantener la reiteración y/o permanencia delictiva por parte del agente y ante la necesidad imperiosa y urgente de dictar una medida cautelar que la contenga<sup>19</sup>. Por ello, menciono que la sola sindicación no será suficiente para el dictado de una medida cautelar de este tipo: habrá de sustentarse y acreditarse el peligro del sujeto investigado y su proclividad para la comisión de delitos ambientales, expresada en su reincidencia o habitualidad delictiva: por ejemplo, cuando estamos ante un sujeto o empresa que registra antecedentes por estar inmerso ya en delitos similares; una persona o empresa proclive a infringir la normatividad ambiental, de fauna y/o flora silvestre, pesquera, etc., o que tiene diversos medios o vehículos para seguir desarrollando la actividad, o que el área o componente afectado puede seguir estando a su disposición, pues la vigilancia es deficiente o nula por ser una zona accesible.

Debe considerarse que estamos ante un delito que se ha cometido aprovechando las facilidades que ofrecía el hecho de ser portador de potestades o facultades y/o de ejercer actividad económica (comercial o empresarial) que le ha generado (y aún se los genera) preeminencia o dominio sobre el bien jurídico medio ambiente o recurso natural, lo cual facilita al agente la reiteración delictiva y, a su vez, hace surgir la necesidad de privarlo de tal preeminencia. Por ello, el artículo 298-C del Código Procesal Penal señala que las medidas de suspensión preventiva de derechos que pueden imponerse son, entre otras: «c) Prohibición temporal de ejercer actividades profesionales, comerciales o empresariales». De similar manera, en el artículo 313 se señala que las medidas preventivas contra las personas jurídicas podrán ser, entre otras: «b) La suspensión temporal de todos o alguna de sus actividades». Y es que en la comisión de delitos ambientales, el agente se vale, por lo general, de alguna actividad económica. Por ejemplo, una industria que viene vertiendo residuos tóxicos en un río, una empresa de construcción que viene extrayendo material de agregados en el cauce de un río o generando residuos sólidos peligrosos, o una agencia de turismo que se vale clandestinamente del comercio o posesión de especies silvestres: obviamente, todo ello, sin autorización de la autoridad administrativa.

Y es que las actividades económicas implican, como señala Gálvez Villegas (2017, p. 648), la asunción de deberes especiales, el deber de cumplimiento de la normativa y medidas administrativas del sector correspondiente, así como obligaciones; por ello, si tales actividades se realizan de forma contraria a lo mencionado, incurriendo en delitos ambientales, resultará razonable imponer temporal y provisionalmente la suspensión de estas, siempre —reiteramos, ante un peligro objetivo o concreto de esta naturaleza—. Además, en concordancia con el principio de proporcionalidad,

<sup>19</sup> El representante del Ministerio Público deberá acreditar con base en cuestiones objetivas la gravedad del delito y las condiciones personales del imputado. El peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta el caso concreto, la actitud o historia proclive del imputado o la persona jurídica a cometer ilícitos de carácter ambiental.

esta alcanzará estrictamente a la actividad extractiva, contaminante o depredadora, conforme también se estipula en el numeral 2 del artículo 298 del Código Procesal Penal, y no perjudicando al resto de las actividades que no tengan incidencia delictual.

**d. Duración.** En lo referente a la suspensión preventiva de derechos, conforme lo señala el artículo 299 del Código Procesal Penal, las medidas no durarán más de la mitad del tiempo previsto para la pena de inhabilitación en el caso concreto. Este precepto nos trae ciertos inconvenientes, puesto que no todo delito ambiental contempla una pena de inhabilitación, por lo que quedará únicamente como plazo máximo el plazo razonable que estime la judicatura para evitar la reiteración delictiva<sup>20</sup> o el parámetro con el que se regula en las «Medidas Preventivas contra la Persona Jurídica» (numeral 3 del artículo 313 del Código Penal), donde se indica que la suspensión durará hasta que se subsanen las afectaciones al ambiente<sup>21</sup>.

**e. Proporcionalidad.** En la medida que estamos ante la restricción de un derecho fundamental, como es la libertad de trabajo al desarrollar actividades económicas, y de conformidad con el artículo 253.2 del Código Procesal Penal, se deberá obedecer a criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad estricta. Indica Gálvez Villegas (2017) lo siguiente:

Ello se entiende en la medida que el uso del poder punitivo del Estado o la necesidad de lograr los fines procesales o resolver los conflictos creados por el delito resulten proporcionales con el respeto del núcleo básico de los derechos y libertades constitucionales que garantizan la vigencia de un orden social justo, fundado en la prevalencia de la dignidad de la persona y de la solidaridad humana[;] de no respetarse este principio[,] la medida de coerción (o cautelar) resultaría arbitraria.

Conforme a esta prueba, la medida solo deberá recaer estrictamente sobre aquellas actividades estratégicas u operativas que se relacionen con el delito cometido o con su *modus operandi* y efectos (San Martín Castro, 2020, p. 743).

**f. Especial motivación.** Conforme lo prevén el artículo 139, numeral 5 de la Constitución, y el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal, toda resolución judicial que implique la afectación de derechos fundamentales, como la suspensión inmediata de actividades contaminantes, extractivas o depredadoras, debe estar debidamente motivada, detallando cómo es que se cumplen los presupuestos antes desarrollados.

<sup>20</sup> Es de la misma opinión Gálvez Villegas (2017, pp. 650 y 661).

<sup>21</sup> De similar criterio es Víctor Cubas Villanueva (2018, p. 324).



### 3. INCAUTACIÓN Y DECOMISO

Se señala en el artículo 314-C del Código Penal lo siguiente:

En los delitos previstos en este Título, el Juez procederá a la incautación previa de los especímenes presuntamente ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del presunto ilícito. (...) En caso de emitirse sentencia condenatoria, los especímenes ilícitos podrán ser entregados a una institución adecuada, según recomendación de la autoridad competente, y en caso de no corresponder, serán destruidos. En ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado.

Este precepto ha de analizarse sistemáticamente con los preceptos generales de las medidas cautelares, que se encuentran regulados en los artículos 218 al 223 y 253 al 258 del Código Procesal Penal, así como con las pautas específicas para la incautación, reguladas en los artículos 316 al 320 del Código Procesal Penal, así como en los artículos 102 y 103 del Código Penal. Conforme lo señala el Acuerdo Plenario n.º 5-2010/CJ-116 sobre la incautación:

en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica **dual**: como **medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos** —propriadamente, medida instrumental restrictiva de derechos— (artículos 218º al 223º del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-), y como **medida de coerción** —con una típica función cautelar— (artículos 316º al 320º del NCPP). En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. En el primer caso, su función es **primordialmente conservativa** —de aseguramiento de fuentes de prueba material—y, luego, **probatoria** que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de **prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad**. Aun cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes —pueden cumplir funciones similares—, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102º del Código Penal. (El énfasis es nuestro)

Esta medida nos permite afectar el dominio que el agente pueda tener sobre bienes que esté utilizando para la comisión de delitos ambientales (como volquetes, maquinarias y retroexcavadoras en las actividades extractivas; vehículos para transportar las especies en los delitos de depredación y/o tráfico o embarcaciones; y artes de pesca para las prácticas ilegales de pesca), así como incautar, con fines de rescate o prueba, los especímenes o productos que tuviera en su poder al momento de la comisión del ilícito.



Para ello, debe tenerse en cuenta los siguientes presupuestos:

**a. Sujeto legitimado.** Conforme lo establece el artículo 316 del Código Procesal Penal, los efectos, instrumentos y objetos del delito<sup>22</sup> —siempre que exista peligro por la demora— pueden ser incautados —incautación cautelar— durante las primeras diligencias y en el curso de la investigación preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público —en los supuestos de flagrancia delictiva—. Acto seguido, el fiscal deberá requerir al juez de investigación preparatoria la confirmatoria de la medida. Cuando no exista peligro por la demora y de conformidad con el artículo 255.1 del Código Procesal Penal, el fiscal deberá requerir al juez la expedición de la medida de incautación, para lo cual deberá existir peligro de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito pueda agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos. La incautación de tipo instrumental puede recaer también sobre cuerpos del delito<sup>23</sup> o las cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento<sup>24</sup>.

**b. Peligro procesal.** Ha de acreditarse con datos objetivos que existe peligro de que, de seguir estos bienes en esfera de los agentes, se pueden agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos, razón por la cual los bienes objeto de incautación deberán guardar relación con la acción típica —delito ambiental— que se imputa.

**c. Duración.** La medida durará hasta el momento que se dicte la sentencia, que podrá disponer el decomiso del bien. En caso se absuelva, se dicte auto de sobreseimiento o el archivo de las actuaciones, los bienes incautados deberán ser restituidos a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. Los especímenes ilícitos podrán ser entregados a una institución adecuada, según recomendación de la autoridad competente (por ejemplo, el Serfor), y de no corresponder, serán destruidos (si se trata de bienes intrínsecamente delictivos). Establecieron nuestros legisladores que en ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado.

**d. Proporcionalidad.** En la medida que estamos ante la restricción de un derecho fundamental, como es la propiedad, se deberá obedecer a criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad estricta. Conforme lo establece el artículo 103 del Código Penal, cuando los efectos o instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, el juez podrá no decretar el decomiso o, cuando sea posible, decretarlo solo parcialmente.

**e. Decomiso.** Conforme se señala en el artículo 102 del Código Penal, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, el juez resolverá el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros —salvo cuando no hayan prestado su consentimiento para su utilización—. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su

22 Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como la fibra de vicuña cazada ilegalmente. Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como las herramientas utilizadas para la extracción de mineral de manera ilegal. Mientras que los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como los especímenes de flora y/o fauna silvestre en los delitos de tráfico ilegal.

23 Comprende el objeto del delito, es decir, aquel contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos; por ejemplo, el espécimen de jaguar u otorongo en el delito de tráfico ilegal de especies, etc.

24 Comprende las piezas de ejecución como medios u objetos a través de los cuales se comete el delito, tales como cosas, objetos, huellas o vestigios materiales que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible; por ejemplo, la muestra de cobre extraída ilegalmente de una mina, etc.

naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado. También se dispondrá el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos. Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga, el juez dispondrá el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.

## 4. ALLANAMIENTO

Se señala en el artículo 314-C del Código Penal lo siguiente: «Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, ordenará el allanamiento o descerraje del lugar donde presuntamente se estuviere cometiendo el ilícito penal». Este artículo ha de analizarse sistemáticamente con los preceptos generales de las medidas cautelares reguladas en los artículos 253 al 258 del Código Procesal Penal, así como con las pautas específicas para el allanamiento, regulado en los artículos 214 al 217 del Código Procesal Penal.

Conforme señala Gálvez Villegas (2017, pp. 116-117), la solicitud y autorización deben sustentarse en motivos fundados y razonables, debiendo identificarse debidamente el lugar donde se realizará la intervención, la finalidad de la intervención, las personas intervinientes en la diligencia, la duración de la misma, la forma en que deberá realizarse, los apercibimientos que puede emplear el fiscal, así como la expresión de que ha denegado el ingreso al domicilio o la justificación de que será denegado el ingreso por parte del propietario o encargado; es decir, que el titular del domicilio no autoriza o no autorizará el ingreso a este ante el requerimiento de la autoridad policial o fiscal. Agrega que se puede solicitar el allanamiento cuando se sospecha fundadamente que en el lugar se encuentran bienes delictivos, es decir, el objeto del delito, los efectos y ganancias del delito; igualmente, cuando existan indicios razonables de que en el lugar se encuentran cosas relevantes para la investigación, esto es, instrumentos del delito, rastros o huellas, así como cualquier elemento o efecto de interés para el esclarecimiento de los hechos, así como para la ubicación, identificación y captura de sus autores o partícipes.

En esa línea, el **Protocolo o Guía de Actuación Conjunta del Ministerio del Interior, Ministerio Público y Poder Judicial**<sup>25</sup>, señala que el allanamiento:

tiene por finalidad registrar los lugares cerrados y, de ser el caso, la detención de personas o realización de medidas de secuestro e incautación, a fin de asegurar los elementos de convicción necesarios para la investigación y al mismo tiempo los objetos o efectos provenientes directa o indirectamente de la infracción penal, o los instrumentos o medios con que se hubiere ejecutado el delito.

25 Documento aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial n.º 134-2014-CE-PJ del 23 de abril del 2014.

Además, referente a la solicitud fiscal, señala lo siguiente:

Si en el desarrollo de su investigación el Fiscal lo estimare necesario podrá, *motu proprio*, solicitar al Juez Penal competente la orden judicial de allanamiento y registro domiciliario de una casa, habitación, casa de negocio, dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto. Juntamente con el allanamiento, el Fiscal podrá solicitar la detención preliminar de personas o la incautación de bienes.

Esta medida de coerción permite que el titular de la acción penal, en busca de especímenes, productos de fauna y/o flora silvestre, mineral extraído ilícitamente u otro tipo de evidencias, por ejemplo, pueda ingresar a determinados ambientes sin autorización de su propietario y/o poseedor. Para ello, debe tenerse en cuenta los siguientes supuestos:

**a. Sujeto legitimado.** Conforme lo establece el artículo 214 del Código Penal Procesal:

Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto.

**b. Determinación de la ubicación concreta o lugares que serán objetos de allanamiento.** Deben individualizarse los inmuebles o lugares que serán materia de esta medida, comprendiendo la totalidad de los ambientes, habitaciones, depósitos, azotea y demás lugares cerrados<sup>26</sup> que se encuentren dentro del lugar individualizado.

**c. Finalidad.** Se debe especificar el fin de la medida, ya sea acopiar elementos, evidencias y/o indicios que permitan acreditar la hipótesis del delito ambiental, así como la búsqueda de especies silvestres que se tengan en poder de forma ilícita o la búsqueda de los responsables de estos ilícitos; por ejemplo, la búsqueda, incautación y rescate de las especies de fauna silvestre protegidas, entre otros.

**d. Duración.** Se debe atender un plazo máximo estimado para culminar las diligencias, acorde con la finalidad que se busca con la medida.

26 Como señala Gálvez Villegas (2017), también «puede tratarse de dependencias cerradas como los ambientes que, sin constituir el recinto principal del domicilio, casa habitación o casa de negocios, constituyen parte integrante de estos, al ser utilizados para fines complementarios de cada uno de ellos. También puede tratarse de recinto habitado temporalmente (...). Finalmente, también puede tratarse de cualquier otro lugar cerrado, esto es, de cualquier ambiente o recinto que por cualquier razón se encuentra bajo la guarda o dominio de alguien, con la única condición, de que no sea abierta al público».

**e. Justificación de la medida.** Se ha de justificar porque se está ante un supuesto en que será previsible la negativa del ingreso al inmueble; por ejemplo, porque se está ocultando especies silvestres de origen ilícito o porque se tiene, como antecedente, la obstaculización de la fiscalización por parte de la entidad de fiscalización ambiental, entre otras.

**f. Proporcionalidad.** En la medida que estamos ante la restricción de un derecho fundamental, como es la inviolabilidad del domicilio, se deberá obedecer a criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad estricta.

## 5. CONCLUSIONES

1. La duración —generalmente— excesiva del proceso penal y los peligros objetivos de reiteración delictiva requieren que el titular de la acción penal haga uso de medidas de coerción de carácter personal y/o real, con el fin de dar mayor sustento a su hipótesis investigativa y recaudo probatorio; así como dar resguardo —pronto y efectivo— al bien jurídico equilibrio del medio ambiente.
2. Las medidas de coerción previstas en el artículo 314-C del Código Penal no resultan figuras independientes o autónomas; su interpretación y/o aplicación ha de realizarse en consonancia con los preceptos generales y específicos previstos en nuestro Código Procesal Penal.
3. La suspensión de actividades contaminantes, extractivas o depredatorias constituye una manifestación de las medidas de coerción denominadas «La suspensión preventiva de derechos», prevista en el artículo 297 y siguientes del Código Procesal Penal, y «Medidas preventivas contra las personas jurídicas», previstas en el artículo 313 del mismo cuerpo adjetivo penal.
4. La suspensión de actividades contaminantes, extractivas o depredatorias constituye una medida de coerción de carácter mixto.
5. La incautación, atendiendo a las circunstancias que el caso amerite, cumple una doble función: garantizar un eventual decomiso y un eficaz control para la acreditación del hecho punible. De igual forma, el allanamiento es una herramienta importante de cara a la consecución de medios de prueba que sirvan a la eventual tesis acusatoria.
6. Todas las medidas de coerción, por lo general, exigen la acreditación indiciaria de un peligro objetivo de reiteración delictiva o peligro en la demora para su dictado, debiendo procurar ser las más específicas posibles, atendiendo, además, al principio de proporcionalidad.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Cubas Villanueva, V. (Noviembre del 2018). *Las medidas de coerción en el proceso penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gálvez Villegas, T. (2017). *Medidas de coerción personales y reales en el proceso penal*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- Muro Rojo, M. (Coord.). (Octubre del 2020). *Código Procesal comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera, A. (2018). *Derecho penal. Parte especial* (4.<sup>a</sup> ed., t. IV). Lima: Idemsa.
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones* (2.<sup>a</sup> ed.). Lima: INPECCP.

# LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN LOS DELITOS AMBIENTALES Y EL USO DE TECNOLOGÍAS

Alberto Yusen Caraza Atoche<sup>27</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. El derecho ambiental, 3. Delitos ambientales, 4. Instituciones que coadyuvan a la labor fiscal ambiental con herramientas tecnológicas, 5. Conclusiones, 6. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

La investigación preliminar es la piedra fundamental que inicia la labor del Ministerio Público, ya que es la figura del fiscal quien, de acuerdo con el artículo 159 de la Constitución Política del Perú, se encarga de «promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho», ya sea directamente o con el apoyo de la Policía Nacional del Perú. Es preciso señalar que esto implica la realización de diligencias fiscales, las cuales son actos urgentes e inaplazables para la verificación y determinación de la delictuosidad de los hechos materia de investigación. Asimismo, estas diligencias buscan asegurar los materiales probatorios para, así, poder individualizar e identificar a los involucrados en dichos delitos.

En esa línea, es preciso señalar que la naturaleza propia de los delitos ambientales, entre los cuales no se aplica el tradicionalismo del derecho, requiere de importantes elementos que van a adicionar a esta labor. Además, como es necesario remitirnos a la llamada «ley penal en blanco», se cuenta con un respaldo de especialistas, autoridades administrativas, expertos y peritos científicos que coadyuvan a dicha investigación. Del mismo modo, en esta etapa de investigación, debido a los actos urgentes e inaplazables, es muy importante contar con el apoyo de las herramientas tecnológicas para el correcto desarrollo de esta.

<sup>27</sup> Abogado por la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, maestría culminada en Derecho con mención en Ciencias Penales de la misma casa de estudios. Se ha desempeñado como abogado delegado de la Contraloría General de la República del Perú. Fue fiscal provincial coordinador de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Loreto, tuvo a su cargo casos emblemáticos, como Odebretch y Plaza 28. Actualmente, ocupa el cargo de fiscal provincial de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental - Sede Iquitos, y lleva los casos más emblemáticos relacionados con el medio ambiente, como Cacao del Perú Norte SAC, Yacu Kallpa, entre otros. Conferencista nacional e internacional en temas relacionados con delitos ambientales y laborales fiscales. Coautor del *Manual práctico de atención a delitos ambientales con nuevas tecnologías en concesiones forestales, de Amazónicos por la Amazonia – AMPA* (1.ª ed., 2020).

## 2. EL DERECHO AMBIENTAL

Mario Valls (2001) dice acerca del derecho ambiental lo siguiente:

Norma la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan el disfrute, la preservación y el mejoramiento del ambiente. Contiene normas de derecho privado, de derecho público y otras de orden público. Se caracteriza por ser: a) Una especialización jurídica; b) Un correctivo de los errores y deficiencias de todo el sistema jurídico común; c) Parte integrante o estar íntimamente relacionado a las demás ramas del derecho, a las que modifica y en las cuales suele encontrar su fuente; d) Evolutivo y dialéctico; e) Conciliador y transaccional entre los intereses de las partes que pretenden ejercer derechos sobre un bien común como es el ambiente. Su objetivo político es conjugar el desarrollo ambiental con el económico; f) Un instrumento de política ambiental, lo que, como parte del derecho, sea un fin en sí. (pp. 107-108)

Por lo mencionado, decimos que el derecho ambiental recurrirá a otras normas extrapenales para determinar responsabilidades en la comisión de delitos ambientales, los cuales son comúnmente llamados «leyes penales en blanco».

El término de «ley penal en blanco» surge en Alemania como consecuencia de su estructura federal para instrumentar la distribución de competencias entre el Bund (Federación) y los Länder (Estados federados). El término ya generalizado en la doctrina española y en la italiana (*legge penale in bianco*) es acuñado por primera vez por Binding. De acuerdo a lo precisado por Santana Vega, los autores suelen incardinar el estudio de las leyes penales en blanco dentro de las cuestiones de técnica legislativa. Los problemas de esta índole que en las mismas concurren son innegables. Sin embargo, también lo es el hecho de que la progresiva relevancia que han adquirido en los últimos años se debe a que con ellas se pretende dotar al Estado social del arma más contundente para luchar frente a los ataques más graves contra las líneas y los logros de su política económica y social. Con ellas se pretende dar entrada en el Derecho penal a la máxima constitucional de los Estados sociales de que la igualdad y la libertad de los individuos y de los grupos en los que éstos se integran han de ser reales y efectivas. (Hugo Vizcardo, 2016, p. 147)

Sobre la base de estas afirmaciones, concluimos que el derecho ambiental tiene carácter multidisciplinario, puesto que este va de la mano con otras ramas del derecho, tales como el derecho penal, internacional, comercial, etc. Asimismo, para su comprensión, se apoya en otras ciencias, las cuales contribuyen a un mejor desarrollo científico, lo que aporta bastante a la investigación de delitos ambientales. En la investigación preliminar, se determinan ciertas diligencias que guardan una cualificación de urgentes e inaplazables, las cuales son de vital importancia para el decurso de la investigación en sede fiscal, ya que existen determinados delitos

ambientales que para su configuración requieren determinados actos de investigación que deberán realizarse y que forman parte del procedimiento en el lugar donde ocurren o han ocurrido los hechos delictivos.

### 3. DELITOS AMBIENTALES

En el Perú, la protección ambiental abarca un conjunto de normas que regulan el quehacer del hombre en su interrelación con la naturaleza, puesto que, como se refirió líneas arriba, el derecho ambiental guarda íntima relación con los derechos colectivos, por lo que es un derecho de carácter social. Asimismo, es de carácter económico, porque se atenta contra la base productiva y el aparato público y/o privado para las actividades que impliquen materias y recursos. Del mismo modo, es de real importancia la protección penal del equilibrio ambiental, puesto que mediante estos tipos penales es posible tener un resultado más positivo cuando se realicen los actos de investigación preliminar.

Con base en ello, Andaluz Westreicher (2009) señala lo siguiente:

la tutela del ambiente supone proteger los componentes bióticos (flora y fauna) y abióticos (suelo, agua, aire), aun cuando no se hubiere causado daño directo a las personas, pues en última instancia, todo daño causado a la naturaleza repercute en la calidad de vida de los humanos. (p. 588)

Siguiendo esa línea, en el Código Penal del Perú, en su título XIII, figuran los delitos ambientales, de los cuales desarrollaremos los artículos 304 y 310 para tener una mejor comprensión de la necesidad de contar con herramientas tecnológicas con el fin de lograr una exitosa investigación preliminar.

#### 3.1. DESCRIPCIÓN TÍPICA

##### 3.1.1. Contaminación del ambiente

El delito de contaminación del ambiente se encuentra descrito en el artículo 304 de nuestro Código Penal en los términos siguientes:

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



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

En dicho precepto normativo, el bien jurídico protegido es el medio ambiente como hábitat humano, con salvaguarda de la colectividad, de la mano con derechos fundamentales como la vida o la salud de las personas. Esto, además, se relaciona con lo señalado por el Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente n.º 0048-2004-PI/TC, en el cual se señala lo siguiente:

el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente, se preserve. (p. 13)

En el Expediente n.º 3510-2002-AA/TC-LIMA, fundamento 2, literal d, se dice lo siguiente:

en su primera manifestación, esto es, *el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado*, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente.

Asimismo, se desprende del análisis de esta figura delictiva que está condicionada al ámbito del delito común, puesto que el sujeto activo puede ser cualquier persona natural. Asimismo, existe en el devenir profesional que la figura del autor pueda hacerse con intervención de persona jurídica o de sus representantes, para lo cual, el Código Penal ha previsto diversos mecanismos con el fin de proteger el medio ambiente de esta persona jurídica infractora: ello está previsto en el artículo 105<sup>28</sup>, o en caso de sus representantes, está estipulado en el artículo 27:

28 «Artículo 105.- Medidas aplicables a las personas jurídicas

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.  
La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.
5. Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un periodo de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas».

El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.

El sujeto pasivo de este tipo penal es la sociedad en general y el medio ambiente, puesto que, como se mencionó en el bien jurídico protegido, esto va más allá de un derecho individual, ya que la protección jurídica en temas ambientales protege a todos. Asimismo, es un derecho de interés difuso, puesto que la titularidad abarca más allá de derechos individuales, ya que se tienen en consideración los bienes de inestimable valor patrimonial, como lo son el ambiente y el bienestar social.

La acción típica de este delito consiste en realizar o provocar acciones que contaminen el suelo, los cuerpos de agua, la atmósfera, las aguas terrestres o subterráneas por medio de emisiones, descargas de material contaminante, tóxico, nocivo, emisiones de ruido que puedan alterar la tranquilidad social pudiendo causar perjuicio, alteración o daño grave a nuestro medio ambiente o sus componentes.

Al respecto, es preciso señalar que para poder realizar los actos de investigación en etapa preliminar de este tipo penal, es necesario y fundamental contar con las herramientas tecnológicas para determinar la intensidad del daño o la afectación de los límites máximos permisibles (LMP)<sup>29</sup> en casos de contaminación sonora. Por ejemplo, utilizando la unidad de medición denominada decibelios (dB), mediante un aparato tecnológico denominado sonómetro, el cual medirá la magnitud de la presión acústica. Para la realización de las diligencias preliminares con respecto a la medición de los ruidos, la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente<sup>30</sup>, dispone que las autoridades sectoriales son las responsables de normar y controlar los ruidos y las vibraciones de las actividades que se encuentran bajo su regulación, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivas leyes de organización y funciones.

Asimismo, en temas de salud, en la Ley n.º 26842, Ley General de Salud, se menciona en el artículo 105 lo siguiente:

Corresponde a la Autoridad de Salud competente, dictar las medidas necesarias para minimizar y controlar los riesgos para la salud de las personas derivados de elementos, factores y agentes ambientales, de conformidad con lo que establece, en cada caso, la ley de la materia.

De la mano de este precepto normativo, la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 80, numeral 3.4, menciona lo siguiente: «Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes

<sup>29</sup> Límites Máximos Permisibles: es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Decreto Legislativo n.º 1055, que modifica los artículos 32, 42, 43 y 51 de la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente.

<sup>30</sup> En su artículo 115.

funciones: (...) 3.4. Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente».

Con base en ello, en el Perú se promulgó el Decreto Supremo n.º 085-2003-PCM, denominado «Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruidos», el cual establece los estándares de calidad ambiental (ECA) para ruidos y los lineamientos para no excederlos, con el objetivo de proteger la salud, mejorar la calidad de vida de la población y promover el desarrollo sostenible.

En una diligencia fiscal para determinar los LMP de un caso sobre contaminación sonora, es de vital importancia contar con el sonómetro, el cual es un aparato normalizado que se utiliza para medir los niveles de presión sonora. Además, esta herramienta tecnológica debe cumplir con los requisitos especificados en el documento «Estándares electroacústicas<sup>31</sup>sobre sonómetros de la IEC»<sup>32</sup> vigente.

Terminada la diligencia y contando con las mediciones de presión sonora tomadas con el sonómetro, el fiscal responsable solicitará al encargado del área respectiva de la municipalidad donde se ubicaría la jurisdicción de los hechos descritos en la denuncia correspondiente, elaborar un informe técnico con los datos recogidos y concluir si ha existido un exceso de los ECA para ruidos en los horarios no permitidos. Esto servirá para que el fiscal pueda determinar si realiza la formalización y continuación de investigación preparatoria o, en todo caso, según el artículo 334, inciso 1, del Código Procesal Penal, cuando después de realizar las diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria, ordenando el archivo de lo actuado.

Dicho informe técnico:

es un documento elaborado en cumplimiento de la Ley General del Ambiente, que constituye una prueba documental relacionada a la posible comisión de delitos de contaminación, contra los recursos naturales y de responsabilidad funcional e información falsa tipificados en el Título XIII del Código Penal<sup>33</sup>.

Cabe precisar que el informe fundamentado «no constituye un requisito de procedibilidad de la acción penal. El fiscal puede formular su requerimiento fiscal, prescindiendo de este, con las pruebas de cargo y descargo recabadas durante la investigación preparatoria»<sup>34</sup>.

31 Resolución Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales n.º 123-2007/INDECOPI-CRT.

32 Comisión Electrotécnica Internacional (CEI), también conocida por sus siglas en inglés IEC (International Electrotechnical Commission).

33 Artículo 2.1. del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM.

34 Artículo 2.2. del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM.

### 3.1.2. Contra los bosques o formaciones boscosas

El delito contra los bosques o formaciones boscosas se encuentra previsto y sancionado en el artículo 310 del Código Penal en los términos siguientes:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas el que, sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones.

En dicho precepto normativo, el bien jurídico protegido es el medio ambiente como medio natural, toda vez que se protegen los recursos vegetales, arbóreos, sean estos naturales o plantaciones. En línea con ello, se tiene el fundamento tercero de la Casación n.º 642-2021/HUÁNUCO, en el que se menciona lo siguiente:

Lo relevante, a los efectos penales, estriba en (i) que se afecte especies maderables por medio de tala o quema en un ámbito concreto de un bosque secundario, sin interesar las dimensiones de área comprometida —el tipo o clase de bosque no es significativo para la ley penal, basta que sea un bosque o una formación boscosa—; (ii) que las especies maderables estén o no en peligro de extinción no es relevante para el tipo delictivo en cuestión; y (iii) que el área afectada, como es un bosque secundario, no interesa que se trate de una tierra de dominio privado. En este mismo sentido, es de resaltar que el daño al ambiente es patente con el hecho de la propia tala y quema de árboles, incluso si se afectó una especie nueva, no estudiada; el daño, por lo demás, no está radicado en la dimensión del área, la cantidad de las especies afectadas y su valor comercial —lo que, en todo caso, es un problema de graduación o magnitud de la antijuridicidad del hecho—, sino en lo que significó para el medio ambiente la extracción de árboles de diversas especies en un bosque secundario, lo que de ninguna manera puede definirse como una afectación bagatelaria.

Asimismo, esta figura delictiva también está condicionada al ámbito del delito común, siendo que el sujeto activo puede ser cualquier persona natural, existiendo también lo desarrollado para las personas jurídicas o sus representantes, conforme a los artículos 27 y 105 de Código Penal.

El sujeto pasivo de este tipo penal es la colectividad, siendo titular del bien jurídico protegido, el cual está concretado en el medio ambiente natural. Para ello, la acción típica es destruir, quemar, dañar o talar, todo o en parte, bosques o formaciones boscosas, sean estas naturales o plantaciones. Cuando se menciona el verbo rector de destruir, estamos ante la desaparición de la valuación que se hace de un determinado bien, afectándolo en conjunto. Respecto a la quema, está íntimamente relacionada con los hechos o acciones vinculados al fuego; en cuanto al daño, esto es la disminución de un bien a un estado en el que se daña, inclusive la materia de su creación; y, por último, acerca de la tala, es la acción de cortar los árboles por su base.

En cuanto a la realización de diligencias preliminares respecto a este delito, el fiscal responsable del caso dispondrá una constatación *in situ* en el lugar donde sucedieron los hechos materia de investigación, para lo cual coordinará con los representantes de las instituciones competentes con el fin de que hagan el acompañamiento a dicha diligencia. Por ello, es preciso señalar que dichas entidades, al finalizar la constatación, deberán emitir un informe técnico fundamentado al fiscal ambiental responsable de la investigación, lo cual servirá para que este pueda determinar si realiza la formalización y continuación de la investigación preparatoria o, en todo caso, según el artículo 334, inciso 1, del Código Procesal Penal, si es que después de realizar las diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley. De ser así, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria y ordenará el archivo de lo actuado.

## **4. INSTITUCIONES QUE COADYUVAN A LA LABOR FISCAL AMBIENTAL CON HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS**

### **4.1. UNIDADES DE MONITOREO GEORREFERENCIAL SATELITAL DE DELITOS AMBIENTALES (UMGSDA), DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Es una oficina que hace uso de herramientas tecnológicas que permiten detectar y analizar con precisión el avance de actividades ilícitas en el país, como la tala ilegal, la minería ilegal y la contaminación ambiental, entre otras.

Fueron implementadas en el 2015 como apoyo a la generación y análisis de información satelital y datos geoespaciales, para el conocimiento y la toma de decisiones de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental (FEMA). Asimismo, permiten a los fiscales especializados en materia ambiental contar con medios probatorios idóneos basados en información científica y tecnológica, la cual servirá de sustento en las investigaciones y procesos penales. El objetivo de las Unidades de Monitoreo Georreferencial Satelital de Delitos Ambientales (UMGSDA) es coadyuvar en la investigación a las FEMA para el control, prevención y sanción de los delitos ambientales.

Las FEMA fueron aprobadas mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 1177-2014-MP-FN, de fecha 2 de abril del 2014, que aprueba el reglamento de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental; su modificatoria, mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 1673-2014-MP-FN, de fecha 7 de mayo del 2014, y como última modificatoria, la Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 435-2020-MP-FN de fecha 24 de febrero del 2020. Mediante esta última se incorporaron las funciones de las UMGSDA, entre las que se encuentran realizar reportes de alertas tempranas de deforestación y/o avance de actividades de minería ilegal a nivel nacional y emitir informes periciales oficiales para las FEMA y para las fiscalías con competencia ambiental.

En la investigación preliminar de delitos ambientales, el fiscal ambiental solicita a esta UMGSDA: a) información histórica: está relacionada con la secuencia histórica de imágenes digitales (de satélite o de aeronaves pilotadas a distancia o RPA<sup>35</sup> [por sus siglas en inglés] u otros) e información referencial (predios rurales, concesiones, reservas territoriales, comunidades nativas, áreas naturales protegidas, áreas no categorizadas, bosques de producción permanente y otros) entre dos periodos (antes y después); b) ubicación y localización: relacionadas con la planificación de diligencia de campo u otros; esta información muestra la ubicación y localización de un punto de interés, rutas de acceso (terrestre, fluvial y aéreo); y c) información catastral: relacionada con el diagnóstico catastral sobre los títulos habilitantes o categorías territoriales (predios rurales, concesiones, reservas territoriales, comunidades nativas, áreas naturales protegidas, áreas no categorizadas, bosques de producción permanente, entre otros) del punto de interés solicitado.

Además, la UMGSDA emite estos informes acompañados con imágenes satelitales; para ello, utiliza los satélites autorizados y programas para una mejor visualización de los lugares materia de investigación, como los siguientes:

- a. PeruSat-1: es un satélite de observación de la Tierra que posee la capacidad de capturar imágenes multispectrales de alta resolución. Fue desarrollado por la empresa francesa Airbus Defence and Space (AIRBUS), a petición del Estado peruano, para aplicaciones militares y civiles dentro del ámbito del territorio peruano. La construcción del satélite fue encargada por el Gobierno del Perú en abril del año 2014, y la meta de tener operativo el sistema de captura de información del satélite se logró en menos de dos años<sup>36</sup>.
- b. Sentinel: Copérnico es el nuevo nombre del Programa para la Vigilancia Mundial del Medio Ambiente y la Seguridad, antes conocido como GMES. La iniciativa el programa Copérnico está liderada por la Comisión Europea (CE), en colaboración con la Agencia Espacial Europea (ESA, por sus siglas en inglés), responsable de coordinar la distribución de los datos recogidos por más de treinta satélites; en tanto, la Agencia Europea de Medio Ambiente (EEA, por sus siglas en inglés) se encarga de la información recopilada por sensores en tierra o aerotransportados. El componente espacial de Copérnico —gestionado por la ESA— se encuentra en fase preoperativa, distribuyendo a la comunidad de usuarios los datos recogidos por los satélites nacionales, europeos e internacionales que forman parte de las misiones colaboradoras de Copérnico. Este componente entrará en fase operativa tras el lanzamiento de la primera misión Sentinel<sup>37</sup>.
- c. Landsat: el programa Landsat de NASA/USGS proporciona el registro espacial continuo más largo que existe de la Tierra. Los datos de Landsat brindan información esencial para tomar decisiones informadas sobre los recursos y el medio ambiente de la Tierra<sup>38</sup>.

35 *Remotely piloted aircraft* (RPA).

36 *Ver Mapeo con imágenes del satélite peruano Perusat-1 y clasificación de la carretera Central*. [http://portal.mtc.gob.pe/transportes/caminos/normas\\_carreteras/Imagen\\_Satelital/6%20Mapeo\\_Imag\\_PeruSat-1\\_PE\\_22\\_San\\_Bartolome\\_Matucana\\_Nov-2017.pdf](http://portal.mtc.gob.pe/transportes/caminos/normas_carreteras/Imagen_Satelital/6%20Mapeo_Imag_PeruSat-1_PE_22_San_Bartolome_Matucana_Nov-2017.pdf)

37 *Ver en The European Space Agency* (s. f.) el artículo «El programa Copérnico». [https://www.esa.int/Space\\_in\\_Member\\_States/Spain/El\\_programa\\_Copernico](https://www.esa.int/Space_in_Member_States/Spain/El_programa_Copernico)

38 *Ver Landsat NASA*. (16 febrero del 2022). Landsat Science. Landsat Science | A Joint NASA/USGS Earth Observation Program. <https://landsat.gsfc.nasa.gov>

Además, para el acompañamiento a los fiscales ambientales en las diligencias programadas, se hace uso de las RPA (comúnmente conocidas como «drones»), las cuales pueden ser programadas o controladas para muchas tareas, sobre todo, la de capturar tomas fotográficas de las áreas donde se puede apreciar indicios de deforestación o de contaminación. Estas tomas servirán para el informe correspondiente y para que el fiscal ambiental cuente con los medios probatorios idóneos para su investigación.

#### 4.1.1. Base de datos

Las UMGSDA cuentan también con una base de datos virtual que permite tener a disposición información relacionada con el ámbito ambiental, esto va de la mano con el artículo 4 del Decreto Supremo n.º 133-2013-PCM, en el cual se indica lo siguiente:

Para el cumplimiento del presente Decreto Supremo, las entidades de la Administración Pública deberán generar los Servicios Web que permitan la transferencia de Datos Espaciales o alojar en sus páginas web, enlaces (link) de descarga de las capas de información cuya administración es de su competencia y promover la implementación de sus Infraestructuras de Datos Espaciales como medio fundamental para compartir e intercambiar información espacial mediante servicios web interoperables.

Resulta muy provechoso para el fiscal ambiental contar con dicho soporte tecnológico, el cual será dado por las siguientes instituciones:

- a. Instituto Geográfico Nacional (IGN): brinda límites políticos y administrativos de los ríos y centros poblados del Perú, mediante teledetección y datos satelitales.
- b. Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp): brinda información respecto a las áreas naturales protegidas por el Estado, en los ámbitos nacional, regional y privado.
- c. GeoBosques, plataforma del Ministerio del Ambiente: brinda información sobre la pérdida de bosques desde el año 2000 hasta la actualidad. Asimismo, proporciona alertas tempranas de deforestación en nuestro territorio.

## 4.2. EQUIPO FORENSE EN MATERIA AMBIENTAL (EFOMA) DEL MINISTERIO PÚBLICO

Es un equipo multidisciplinario de peritos especializados en delitos ambientales, dependiente del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público – Fiscalía de la Nación. Está integrado por peritos especializados en las áreas de química, biología, forestal, pesquera y economía, y brinda el servicio de apoyo técnico-científico a los fiscales especializados en materia ambiental a nivel nacional.



Su función es realizar peritajes con la finalidad de investigar, identificar, cuantificar, valorar y predecir los daños ambientales de las diversas actividades que pudieran estar afectando la calidad ambiental de nuestro entorno.

Este equipo cuenta con un laboratorio forense ambiental para la determinación de parámetros de calidad ambiental de las muestras recolectadas en las pericias ambientales a nivel nacional. Esta información se presenta en un dictamen pericial, el cual sirve como prueba en apoyo a los procesos de investigación fiscal para el esclarecimiento de los hechos referidos a delitos ambientales a cargo de las FEMA, ante la presunta afectación al medio ambiente y la salud de las personas<sup>39</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

1. El derecho ambiental tiene carácter multidisciplinario, puesto que va de la mano con otras ramas del derecho, tales como el derecho penal, internacional, comercial, entre otros. Asimismo, para su comprensión, se apoya en otras disciplinas específicas que contribuyen a un mejor desarrollo científico y son de gran apoyo en la investigación de delitos ambientales.
2. En la investigación preliminar, se determinan ciertas diligencias que guardan una cualificación de urgentes e inaplazables, las cuales son de vital importancia para el decurso de la investigación en sede fiscal, pues existen determinados delitos ambientales que para su configuración requieren la realización de determinados actos de investigación, los que forman parte del procedimiento en el lugar donde ocurren los hechos delictivos.
3. En el Perú, la protección ambiental abarca un conjunto de normas que regulan el quehacer del hombre en su interrelación con la naturaleza, puesto que, como se refirió líneas arriba, el derecho ambiental guarda íntima relación con los derechos colectivos, por lo que es un derecho de carácter social.
4. Las instituciones y/o herramientas tecnológicas que coadyuvan en la investigación fiscal son de vital importancia para el fortalecimiento de la labor del fiscal, tanto en despacho como en campo, de tal manera que su existencia ha permitido lograr sentencias condenatorias por delitos ambientales.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Andaluz Westreicher, C. (2009). *Manual de derecho ambiental* (1.ª ed.). Lima: Editorial Iustitia.

Casación n.º 642-2021/HUÁNUCO. (16 de marzo del 2022). Corte Suprema de Justicia de la República: Sala Penal Permanente <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3026288/CAS%20642-2021%20HUANUCO.pdf>

---

39 Ver Equipo Forense en Materia Ambiental (Efoma). <https://www.mpfm.gob.pe/iml/efoma/>



- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2016). *Decreto Legislativo 635. Código Penal*. [http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf](http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf)
- Decreto Legislativo n.º 1055. (24 de abril del 2017). <https://www.minam.gob.pe/disposiciones/decreto-legislativo-n-1055/>
- Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM. (7 de setiembre del 2017). <http://www.minam.gob.pe/disposiciones/decreto-supremo-n-007-2017-minam/>
- Expediente n.º 3510-2002-AA/TC-LIMA. (13 de abril del 2005). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03510-2003-AA.html>
- Expediente n.º 0048-2004-PI/TC. (1 de abril del 2005). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- Hugo Vizcardo, S. (2016). Estudio de la ley penal y su aplicación en relación con su ámbito de validez espacial. *Alma Máter*, 3(4), 143-163.
- Landsat NASA. (16 de febrero del 2022). *A Joint NASA/USGS Earth Observation Program*. <https://landsat.gsfc.nasa.gov>
- Ley n.º 26842, Ley General de Salud. (15 de julio de 1997). <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>
- Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. (6 de mayo del 2003). <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0015/3-ley-organica-de-municipalidades-1.pdf>
- Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente. (13 de octubre del 2005). <https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N%C2%B0-28611.pdf>
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (Noviembre del 2017). *Mapeo con imágenes del satélite peruano Perusat-1 y clasificación de la carretera Central*. [http://portal.mtc.gob.pe/transportes/caminos/normas\\_carreteras/Imagen\\_Satelital/6%20Mapeo\\_Imag\\_PeruSat-1\\_PE\\_22\\_San\\_Bartolome\\_Matucana\\_Nov-2017.pdf](http://portal.mtc.gob.pe/transportes/caminos/normas_carreteras/Imagen_Satelital/6%20Mapeo_Imag_PeruSat-1_PE_22_San_Bartolome_Matucana_Nov-2017.pdf)
- Ministerio Público Fiscalía de la Nación. (s. f.). Equipo Forense en Materia Ambiental - EFOMA. <https://www.mpf.n.gob.pe/iml/efoma/>
- Resolución Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales n.º 123-2007/INDECOPI-CRT(28denoviembredel2007). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1568649/Aprueban%20Norma%20Metrol%C3%B3gica%20Peruana%20de%20car%C3%A1cter%20obligatorio%3A%20NMP%20011%3A2007%20%E2%80%9CElectroac%C3%B3stica.%20Son%C3%B3metro.pdf>
- The European Space Agency. (s. f.). El programa Copérnico. [https://www.esa.int/Space\\_in\\_Member\\_States/Spain/EL\\_programa\\_Copernico](https://www.esa.int/Space_in_Member_States/Spain/EL_programa_Copernico)
- Valls, M. (2001). *Manual de derecho ambiental*. Editorial Ugerman.



## CAPÍTULO II

# **DELITOS DE CONTAMINACIÓN**



# LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN DELITOS DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE DENTRO DEL CONTEXTO EMPRESARIAL: ¿SOLO TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER?

Dann Alexander Coraje Aguila<sup>40</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. Estado de la cuestión de la intervención delictiva en contextos empresariales, 3. Cuestiones generales de la intervención delictiva en contextos empresariales dentro del ordenamiento jurídico peruano, 4. Los delitos de infracción del deber, 5. Los delitos de contaminación del ambiente dentro de contextos empresariales, 6. El deber extrapenal o institucionalidad ambiental, 7. La teoría de infracción del deber asumida en la jurisprudencia penal ambiental, 8. Propuesta de la teoría de la infracción del deber asumida, 9. Resultados, 10. Conclusiones, 11. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

En la casuística penal ambiental peruana, es casi frecuente que los delitos de contaminación del ambiente se susciten a consecuencia de las actividades económicas de las empresas; sin embargo, dentro del ordenamiento penal peruano no está prevista la atribución o imputación penal a personas jurídicas para estos delitos, sino contra sus miembros. Esta tarea no es nada sencilla para los operadores de justicia ni para la doctrina, debido a la complejidad organizacional actual de las empresas que diluye responsabilidades y ámbitos de competencias, pese a existir plena capacidad y autonomía de decisiones en las diversas jerarquías organizativas; por ello, aún existe un debate vigente en la doctrina.

En estas circunstancias, la Casación n.º 455-2017-PASCO, del 19 de junio del 2018, ha marcado la pauta para el desarrollo de este propósito mediante la teoría de la infracción del deber; sin embargo, no es concluyente al no fijar la línea dogmática a la que pertenece esta teoría. La falta de fijación de la línea dogmática hace que sea necesario rastrear la categoría de delitos de infracción del deber (DID) a seguir, lo cual nos coloca en el debate del funcionalismo penal actual, representado por sus máximos exponentes: Claus Roxin y Günther Jakobs, siendo que cada uno presenta

40 Abogado *senior* de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales, egresado de la Maestría de Tutela de Derecho y Globalización de la Justicia de la UNMSM, abogado por la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo de Ancash.

una versión de los DID inconciliables respecto a los deberes infraccionados y las consecuencias que ellas demandan al asumirlos; por tal, es necesario que se fije la dogmática en serio para encaminar estos casos.

El desarrollo del presente artículo se estructura en nueve apartados. El primero está referido al estado de la cuestión que fija el contexto jurisprudencial y dogmático sobre la imputación penal en ámbitos empresariales. El segundo tema está orientado a la intervención delictiva como expresión del funcionalismo normativo en contraste con la autoría y participación del funcionalismo racional y las posibilidades de su utilidad en el ordenamiento jurídico peruano. El tercer tema tratará de los DID en función al pensamiento de Roxin y de Jakobs, resaltando las diferencias conciliables e irreconciliables. El cuarto tema se aboca al tratamiento del derecho penal económico y de la empresa sobre delitos especiales, en comparación con el delito de contaminación del ambiente. El quinto tema se orienta a la indagación de la fuente de los deberes que puedan sustentar la teoría de los DID asumida, identificando los elementos formales y materiales que originan los deberes extrapenales e institucionales en materia ambiental. El sexto tema está orientado a la identificación de la categoría de los DID a consecuencia de la toma de postura asumida por la Casación n.º 455-2017-Pasco; y el séptimo tema se aboca a la toma de postura respecto a la categoría de los DID asumida, la cual no sería posible sin la propuesta de la institucionalidad ambiental.

Por último, en los dos últimos apartados presentaremos los resultados y conclusiones que contrastan nuestra hipótesis o respuesta provisional, que es la carencia de una toma de postura seria asumida por la Corte Suprema en la citada sentencia casatoria respecto a la categoría de los DID a seguir. Por consiguiente, esta solo podría ser factible tras el establecimiento de deberes especiales forjados de elementos jurídicos y extrajurídicos; es decir, por deberes institucionales, como la institucionalidad ambiental, para, a partir de ello, atribuir la intervención delictiva.

## **2. ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN CONTEXTOS EMPRESARIALES**

Distinguir la autoría y la participación en delitos cometidos desde la empresa es cada vez más dificultoso y no tanto por la pluralidad de sujetos, como también lo entienden Muñoz Conde et al. (2013), quienes expresan: «no ya por varias personas cada una con un distinto grado de intervención o responsabilidad en su realización, sino por esas mismas personas integradas en estructuras empresariales en cuyo seno se ha diseñado —por otros miembros— un plan conjunto» (p. 214). Esta dificultad es latente por la presencia indiscutible de organizaciones empresariales sumamente complejas, compuestas en ocasiones no solo por personas naturales, sino jurídicas, que incluso rebasan el ámbito nacional.

En esa línea de problemas e insuficiencias, Feijoo Sánchez (2007), expresa:

ni las teorías de la imputación objetiva entendida como imputación de resultados han podido hasta ahora resolver satisfactoriamente la problemática cuestión de la imputación de hechos delictivos vinculados a las actividades de organizaciones empresariales complejas, [lo cual] permite otorgarle el beneficio de la duda a nuevos planteamientos. (p. 18)

Asimismo, Ragués i Vallés y Robles Planas (2018) mencionan que es preocupante lo siguiente:

los problemas para atribuir responsabilidad a sujetos que (inter)actúan en el marco de estructuras complejas y que o bien no ejecutan nada, pero adoptan las decisiones relevantes o bien sí ejecutan, pero su ámbito de competencias es muy reducido o simplemente nulo en lo que a cuestiones decisorias se refiere. (p. 16)

Por último, en doctrina nacional, García Cavero (2016) manifiesta lo siguiente:

las posibilidades de imputación de un delito cometido desde la empresa a sus miembros mediante las distintas formas de autoría y participación son muy diversas, lo cual muestra también que en la doctrina penal no reina un acuerdo sobre el alcance de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa. (p. 11)

En consecuencia, en el contexto dogmático, no existe consenso para atribuir y distinguir a la autoría y la participación dentro de contextos empresariales, y en este panorama, la sentencia de Casación n.º 455-2017-Pasco, del 19 de junio del 2018, tomó postura por la aplicación de la teoría de la infracción del deber para su solución; sin embargo, no se optó por la línea dogmática que se debería seguir.

En conclusión, según la estructura típica de delito de contaminación del ambiente, este es un delito común, y siendo la teoría de la infracción del deber una categoría dogmática orientada a delitos especiales, es necesario identificar la línea dogmática que admita el tratamiento de este delito ambiental; estado de la cuestión que, al no ser identificado, genera dificultades en la pauta jurisprudencial y tratamiento que se seguirán para estos casos.

### 3. CUESTIONES GENERALES DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN CONTEXTOS EMPRESARIALES DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La postura asumida en la Casación n.º 455-2017-Pasco, para establecer la autoría y participación en contextos empresariales mediante la teoría de la infracción del deber, tiene entre sus consecuencias el alejamiento de la teoría de dominio del hecho, pese a que ambas teorías son desarrolladas por el funcionalismo penal. Otra consecuencia es la pérdida de relevancia de la teoría causalista y de la finalista (finalismo), estando entonces el estado de la cuestión en la corriente del funcionalismo<sup>41</sup>. Por lo tanto, es necesario entender las cuestiones planteadas a partir de la corriente funcionalista actual.

Dentro de la corriente funcionalista penal actual, se cuenta con dos máximos representantes: Claus Roxin y Günther Jakobs. Desde luego, cada uno presenta versiones y denominaciones distintas respectivamente, como el funcionalismo postfinalista político criminal y el funcionalismo postmoderno o avanzado (Villa Stein, 2009, p. 25), o también conocidos por otro sector como funcionalismo teleológico-racional y el funcionalismo sistémico-normativo (Daza Gómez, 1999, p. 95). Asimismo, estas versiones presentan otros matices o desarrollos por parte de sus seguidores.

#### 3.1. TEORÍAS DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Las principales teorías que desarrollan la autoría y participación son las denominadas «teoría unitaria de autor» (o tesis extensiva del autor) y «teorías diferenciadoras». El desarrollo de estas teorías por parte de la doctrina penal nacional y extranjera es casi homogéneo. Entre las teorías diferenciadoras, según su génesis evolutiva, están la teoría subjetiva, la teoría objetiva y la teoría del dominio del hecho, cuyos planteamientos son los siguientes:

la teoría subjetiva: esta primera posición doctrinal establece la distinción entre autor y partícipe en el ámbito de lo subjetivo. En su virtud, es autor quien actúa con "animus auctoris", y partícipe quien actúa con "animus socii". (...) Por otro lado, se encuentra la teoría formal-objetiva: esta teoría se vincula íntimamente con el concepto de tipo penal (*tatbestand*), creado en 1906 por el penalista alemán Ernst Von Beling. Para esta concepción, autor es quien realiza el verbo típico de propia mano, y partícipe el que colabora o coopera con aquel. (...) la teoría del dominio del hecho, una teoría que toma en cuenta moderadamente tanto lo subjetivo —la voluntad del actuante— como lo objetivo —el aporte exterior al hecho—. (Caro John, 2014, pp. 160-163)

41 «No discutirá a ultranza la "naturaleza de la acción"; rescatará una teoría sumamente tentadora para evaluar situaciones delictivas: la teoría de la imputación objetiva y trazará un derrotero teleológico, es decir que se dirigirá "hacia los fines de la pena", lo que en palabras simples quiere decir que se propondrá responder a si la pena tiene algún fin y alguna función» (Parma, 2017, p. 50).

La teoría de la autoría y la participación asumida dentro del sistema jurídico peruano es la concepción diferenciadora de la intervención punible (García Cavero, 2012, p. 674), lo que presupone un alejamiento de la teoría unitaria del autor; asimismo, entre las teorías diferenciadoras, la teoría del dominio del hecho es la más preponderante y su máximo exponente es Roxin (Rodríguez Hurtado, 2012, p. 132), lo que no quiere decir que no exista algún tratamiento realizado por Jakobs.

### 3.2. AUTORÍA, PARTICIPACIÓN O INTERVENCIÓN DELICTIVA

En la legislación peruana existe una gran influencia de la teoría del dominio del hecho, tanto para la autoría y la participación (complicidad e instigación), conforme se ha acentuado en el artículo 23 del Código Penal Peruano, en frases como «el que realiza por sí», «los que lo cometan conjuntamente» y «el que realiza por medio de otro», lo que equivaldría, respectivamente, en el pensamiento de Roxin, a la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata (Caro John, 2014, p. 165). En esa misma línea, Villavicencio Terreros (1992) expresa lo siguiente: «Autor es el que tiene el dominio del hecho, es decir, aquel sujeto que tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encauzarlo hacia el fin determinado» (p. 54).

En cambio, desde el pensamiento funcionalista normativista de Jakobs (2015, p. 161), la autoría y participación es una distinción errada y se deberá entender mejor como «la intervención delictiva». Para efectos de su aplicación dentro del ordenamiento peruano, se deberá entender la distinción de la autoría y participación como un asunto de la determinación e individualización de la pena: así, también lo entiende la doctrina nacional seguidora de esta corriente: «Sólo una conducta culpable puede infringir la norma y, por tanto, alcanzar el nivel de una intervención punible en el sentido de los arts. 23, 24 y 25 CP» (Caro John, 2014, p. 207). En esa línea de ideas, ya se muestra un diverso tratamiento de los grados de intervención, participación, vinculación o imputación en el delito, y todo dependerá de la línea dogmática adoptada.

En lo que respecta al análisis de la participación también se han considerado elementos del dominio del hecho. Sobre esto último, Rodríguez Hurtado et al. (2012) expresan que puede entenderse «como la contribución o colaboración a la comisión del delito prestada por personas que no poseen el dominio del hecho, pues su actuación en el delito es accesoria al comportamiento del autor directo» (p. 142). En cambio, la participación o accesoriadad no es entendida en el funcionalismo de Jakobs (2000) en dichos términos; es más, es rechazada por los siguientes motivos:

Dicho de otro modo: los partícipes conforman junto con el ejecutor una persona colectiva cuya obra es la ejecución. Por consiguiente, la accesoriadad no debe ser entendida en el sentido de que alguien se apoya en un injusto ajeno —una así llamada teoría de la participación en el injusto, que debería castigar también al *agent provocateur*, ya que el autor principal al menos realiza un injusto de tentativa—, sino que el partícipe comete por medio de la mano del ejecutor, es decir, comete también en el acto de ejecución un injusto propio. El partícipe responde jurídico-penalmente porque la ejecución es, a causa del reparto de trabajo vinculante, también la suya. (p. 175)



En el funcionalismo de Jakobs, se entiende que la accesoriedad constituye un criterio errado para identificar a los partícipes de los autores, puesto que la mayoría de los tipos penales se orienta a un sujeto anónimo y los partícipes son parte del reparto del trabajo vinculante, lo que no presupone alguna forma de división del plan criminal en coautoría, sino que el autor y partícipe constituyen una persona colectiva, integrada por intervinientes con plena capacidad de infringir la norma contemplada en el tipo penal.

Los principales exponentes del funcionalismo proponen a la «autoría y la participación» como un criterio cualitativo en el análisis de la vinculación del sujeto o sujetos con el hecho y la «intervención delictiva» como un criterio cuantitativo para el análisis de la citada vinculación (Caro John, 2014, p. 207). Si bien esta última versión no es evidente en el ordenamiento jurídico penal peruano, sí es evidente su utilidad en la jurisprudencia al abordar delitos contra la administración pública, tanto para la dogmática de Roxin como para la de Jakobs.

## 4. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER (DID)

Los DID surgen de la teoría de infracción del deber ante la presencia de incoherencias generadas por los delitos especiales, como los delitos contra la administración pública, en los que la doctrina del dominio del hecho trata al autor como cómplice por no ejercer el dominio del hecho<sup>42</sup>. Por lo tanto, la presencia de los DID adquiere justificación; sin embargo, también ha generado un desarrollo aparte debido al funcionalismo normativo. Estas distinciones, desde luego, garantizarán su operatividad y justificación en la casuística que nos incumbe.

### 4.1. LOS DID PROPUESTOS POR CLAUS ROXIN

La propuesta surge en Alemania en 1963 en un trabajo monográfico de Roxin sobre «Autoría y dominio del hecho», en el que advierte la esencia de los delitos especiales en la infracción de un deber extrapenal (Schünemann, 2018, p. 95). Los DID constituyen un método que emplea el legislador para tipificar conductas ilícitas penales; en palabras de Roxin (2002): «donde no le interesa la cualidad externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del papel social que desempeña» (p. 62). Este método es empleado alternativamente con el método de los delitos de acción en el quehacer legislativo.

En esa misma línea, también afirma cierta doctrina nacional que Roxin fue el primero en plantear directamente un concepto material de los delitos especiales para solucionar cuestiones dogmáticas al calificar los delitos especiales como delitos de infracción de

42 «Puede suceder que ya la movediza participación en los actos preparatorios —aun cuando sólo se trate de un consejo o de un movimiento de cabeza afirmativo— pueda convertir ante nuestros tribunales a alguien en autor; mientras que el autor por deferencia que indudablemente realiza el tipo tiene la posibilidad de escapar con la pena del cómplice» (Roxin, C. [2002], pp. 67-68).

un deber (García Cavero, 2004, p. 254). Posteriormente, esta idea de vinculación con el delito especial e infracción de exigencias de conductas serían materia de evolución por parte del propio Roxin, reservando esta técnica solo para algunas conductas ilícitas. Al respecto, Schünemann (2018) expresa:

Como candidatos para la categoría especial de delitos de infracción de deber restan únicamente algunos grupos dispares de tipos penales, como por ejemplo los delitos de los titulares de un cargo público, la administración desleal y peculado conforme al Derecho alemán o las lesiones corporales a menores por sus progenitores o personas a cargo de su educación. (p. 97)

Esta reducción e identificación de los DID fue necesaria ante la confusión con los delitos imprudentes y omisivos, por lo que para evitarlos solo se admiten algunas equiparaciones con los delitos omisivos bajo la figura de los llamados «delitos solapados» o también llamados «delitos impropios de acción». Al respecto, Roxin (2002) da los siguientes ejemplos:

En el caso en que una madre deja morir de hambre a su hijo o en el del médico que deja morir al paciente que está a su cuidado porque, infringiendo su deber no le administra el medicamento salvador. Se trata aquí de evidentes infracciones del deber en el marco de una relación social previamente existente, que no se configuran como delitos especiales únicamente porque también los cubre el tipo activo del homicidio. (p. 65)

Asimismo, es importante señalar que es indiferente para estos DID que se cometan por comisión u omisión, determinándose su relevancia típica únicamente por su situación valorativa en la relación social en la que se inmiscuye o se posiciona el sujeto agente (Roxin, 2002, pp. 64-65). Por lo tanto, los DID no se equiparan en estricto a los delitos de omisión (propia e impropia), salvo que se posibilite incluir dentro de los delitos de acción los delitos de infracción de un deber. Desde luego, estos planteamientos generan la interrogante de qué tipo de relación social o roles será el desempeñado por el sujeto agente para la identificación de los deberes y el grado de participación que se podrá otorgar a las personas carentes de estas cualidades.

Sobre la primera interrogante, estos deberes surgen de un contexto extrapenal, a decir de Roxin (2002), son «deberes creados por los participantes en el ámbito extrapenal» (p. 62). Ejemplo de ello serían las normas de servicio o profesionales; sin embargo, Roxin no otorga mayor profundidad sobre otras normas generadoras de deberes, pero entendemos que el sujeto agente deberá ser portador de estos deberes debido al rol social que desempeña, presentando estas cualidades solo las personas que ostentan algún cargo público en casos contra la administración pública, la administración desleal en la administración privada y los progenitores o personas a cargo de algún menor.

Sobre la segunda interrogante, el sujeto agente carente de cualidades o *extraneus*, responderá como cómplice. Al respecto, y a manera de ejemplo, Roxin (2002) señala que «mientras que el *extraneus*, que es posible que domine el suceso externo, a pesar de ese dominio solamente puede ser cómplice» (p. 69).

En esa línea, cierta doctrina y jurisprudencia nacionales han acogido estos planteamientos para abordar la autoría y participación delictiva en delitos contra la administración pública mediante la figura de la unidad de imputación (Salinas Siccha, 2020, p. 393). Justamente, en los delitos de infracción del deber, el autor requiere ser portador de deberes especiales que no recaen en cualquier persona, y serán ellos los únicos autores del delito especial por respeto al principio de legalidad, equiparando así los delitos especiales con los DID, según Salinas Siccha (2020):

Aquellos deberes especiales de carácter penal no surgen solo y directamente del tipo penal, que es el que desencadena la sanción penal prevista en la ley. Estos deberes están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otras ramas del derecho. Estos deberes especiales para los delitos contra la administración pública nacen del derecho constitucional, más específicamente, de la teoría general del Estado, de la Ley de Contrataciones, etc. Son deberes y principios sobre los cuales se fundamenta la existencia misma del Estado. (p. 321)

En conclusión, los DID, según Roxin, solo son aplicables preferentemente a aquellos delitos especiales donde la fórmula legislativa contempla de por sí una cualidad del sujeto agente que lo haga portador de deberes especiales o deberes extrapenales que son preexistentes a la norma penal que, necesariamente, tienen que estar positivizadas en otras parcelas o disciplinas del derecho. Así, qué duda cabe que la lesión del citado deber ayudaría a determinar la autoría del hecho en contextos que carecen del dominio del hecho, siendo esta la finalidad de los DID de Roxin.

## 4.2. LOS DID PROPUESTOS POR GÜNTHER JAKOBS

En la corriente funcionalista normativista de Jakobs, estos delitos tienen una visión distinta. En esta corriente, ya no se distingue entre delitos de dominio (o de acción) y de infracción de deber, sino entre delitos de organización y delitos de institución respectivamente. En palabras de Jakobs (2000), se entiende por DID lo siguiente:

Delitos especiales. Puede que haya reparto de tareas, el sujeto afectado por el deber especial puede pedir sugerencias y dejarse ayudar, pero lo característico es la separación de roles: todo obligado por el deber especial y sólo él es el obligado, y quebranta su deber ya por medio de la más mínima aportación activa o por la menor omisión. (p. 190)

El autor de estos delitos es portador de deberes especiales, cuya infracción fundamenta la imputación jurídico penal, y estos pueden ser cometidos en grados de acción u omisión indistintamente; asimismo, los deberes más importantes en el ámbito del derecho penal surgen de las llamadas instituciones positivas de las que emanan los deberes positivos. Estas instituciones pueden ser:

La relación de padres e hijos, el matrimonio, la confianza especial y, en el caso de los deberes genuinamente estatales: las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad elemental para la ciudadanía, el deber de velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública, así como la Administración de Justicia como principio fundamental del Estado de Derecho. (Caro John, 2014, p. 192)

Las instituciones generadoras de estos deberes positivos son entendidas en el sentido de las ciencias sociales; los deberes que se dirigen al sujeto u obligado especial no son para que, simplemente, «no dañen» los bienes de los demás, sino para que fomenten y mantengan seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de un peligro o lesión (Caro John, 2014, p. 190). Por dicha razón, estas instituciones mantienen existencia propia frente al tipo penal, y, sobre todo, «se encuentra sustraída a la disposición del hombre individual» (Caro John, 2014, p. 198). Los deberes especiales portadores por los sujetos agentes, al tener relación con estas instituciones, hacen que estos delitos sean especiales, y no tanto por la estructura del tipo penal.

Los autores de estos delitos son en estricto los sujetos portadores de estos deberes especiales positivos; es decir, solo cabe la autoría única, así exista pluralidad de autores. Cada uno responderá por su ámbito de competencia, por dicho motivo, se alega que «el deber especial es personalísimo, y además no se delega, lo que se delega es la organización de dicho deber, mas no su titularidad» (Caro John, 2014, p. 236).

Dentro de esta corriente, la participación en los DID, rechazados por la existencia del colectivo típico, y desde esta construcción, admite la participación de sujetos *extraneus* en la comisión de estos delitos. Sobre esto último, el máximo representante de esta corriente ha considerado la posibilidad de la actuación del *extraneus* en los DID debido a las características de las instituciones, como el tener un significado social general y por el delito especial puro. Al respecto, Jakobs (2015) indica lo siguiente:

En la lesión de un deber positivo también puede intervenir una persona externa, porque las instituciones que se han de organizar también tienen un significado social-general. Si se añade también a un delito general la lesión de un deber positivo de manera más agravatoria, entonces se da un delito especial puro, en el que un sujeto externo también puede intervenir. (p. 169)

Entonces, sobre esto último, el debate vigente sobre la participación del *extraneus* en los DID, en la concepción actual de Jakobs, admite su posibilidad de acuerdo con los orígenes de los deberes positivos contenidos en las instituciones que les compete a todos y a una sola sociedad. Por ello, podemos considerar que pueden existir zonas de convergencias entre la autoría y participación con la intervención delictiva.

En resumen, los DID de Roxin y de Jakobs constituyen categorías de las teorías de la infracción del deber gestadas por los principales representantes del funcionalismo penal actual. Estas presentan diferencias sustanciales en la naturaleza de los deberes infringidos, los cuales tienen diferentes consecuencias en delitos especiales: para el primero, es primordial la delimitación de la autoría y participación, y para el segundo, la fundamentación de la imputación jurídico penal; entonces, la infracción o lesión de los deberes en ambas corrientes no tiene un mismo significado.

### 4.3. LESIÓN DE BIENES JURÍDICOS O DEBERES POSITIVOS EN LOS DID

Sobre la base de lo desarrollado anteriormente, advertimos que los DID de Roxin y de Jakobs exhiben diferencias sustanciales en sus fundamentos y finalidades, como lo advierte Schünemann (2018) al señalar que Roxin determinó los DID por la lesión de un deber especial extrapenal y que Jakobs los determinó por la lesión de un deber penal, cuya infracción se equiparaba al daño para la vigencia de la norma penal general (p. 100). Es importante esta distinción, porque para Jakobs, la lesión del deber, de por sí, fundamenta la imputación jurídico penal; por ello, se asevera la infracción de un deber penal y no extrapenal. La situación es distinta en los DID de Roxin al orientar la lesión del deber como un criterio de determinación de la autoría y participación en el hecho ilícito.

Consideramos que esta última diferencia constituirá el criterio diferenciador para el entendimiento y la aplicación de todo el aparatage teórico propuesto por estas corrientes funcionalistas. Si para Jakobs la lesión de un deber es el fundamento de la imputación jurídico penal en los DID; entonces, existe un efecto en el derecho penal que «dirige su programa no solamente al aseguramiento de esferas externas de libertades en forma negativa, sino que también exige del autor una producción positiva a favor de los bienes que tiene el deber de proteger» (Caro John, 2014, p. 194). Siendo así, se espera que el derecho penal preserve normas que contengan deberes positivos y negativos.

La situación es contraria en el pensamiento de Roxin, para quien la lesión de un deber no fundamenta el injusto penal, sino la autoría dentro del ilícito, y para este propósito (fundamento del injusto penal), se fundamenta en la protección del bien jurídico protegido, que es necesaria para la interpretación de cualquier tipo penal. Como expresa Roxin (2002), se requiere «una interpretación restrictiva que actualice la función de carta magna del Derecho penal y su “naturaleza fragmentaria”, y que atrape conceptualmente solo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico» (p. 73); por consiguiente, es importante rescatar que en esta corriente la punibilidad tiene fines de protección del bien jurídico protegido.

Las corrientes representativas del actual funcionalismo penal asientan sus bases de punibilidad en una lesión de deberes contenidas en normas y en una lesión del bien jurídico protegido, postulados que no convergen, aunque podamos advertir cierto razonamiento circular al evaluarse los fines de la pena. Tal situación ha sido observada por cierta doctrina al catalogarla como un malentendido, ya que la pena protege normas que protegen bienes jurídicos. Sobre el particular, Feijoo Sánchez (2007) afirma:

El principal problema de la dominante referencia al concepto de bien jurídico como elemento esencial de la teoría jurídica del delito y, en concreto, del injusto, reside en que pone demasiado énfasis en la afectación de bienes dejando de lado la necesaria referencia a la juridicidad. Lo decisivo para la existencia de un injusto penal y el único elemento común denominador de todos los injustos es la lesión de la juridicidad. (p. 42)

Dada las discrepancias descritas, consideramos necesario identificar los deberes infringidos en el caso concreto, ya que si existe una lesión de un deber institucional, estaremos en los DID de Jakobs, quien presupone lesión al bien jurídico protegido. En «cuanto al cumplimiento del deber es el único bien jurídico» (Zaffaroni et al., 2002, p. 478), y si existe una lesión de un deber extrapenal, estaremos en los DID de Roxin, quien no necesariamente presupone lesión a bien jurídico alguno.

Los DID propuestos por el funcionalismo actual, a partir de deberes penales o extrapenales, de alguna u otra manera se vinculan al bien jurídico protegido; pero para alcanzar esta vinculación mediante las instituciones o deberes extrapenales, es necesario comprender el bien jurídico protegido fuera del derecho penal. Para estos fines, parece de ayuda lo expuesto por Zaffaroni et al. (2002):

La legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. En esos ámbitos se trata de bienes jurídicos tutelados (por la respectiva norma que lo manifiesta). La ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional. (p. 486)

Entonces, en los DID, la lesión de instituciones (o deberes positivos) o de bienes jurídicos cumple con el principio de lesividad, siempre y cuando exista una vinculación de los deberes infringidos, configurados en normas extrapenales o institucionales, con los bienes jurídicos protegidos, tutelados por diversas normas extrapenales. Por tal razón, la vigencia y la tutela de estas normas, de por sí, en forma directa e indirecta, tratan de preservar el bien jurídico protegido. En conclusión, los DID de Roxin y de Jakobs no podrían generar mayor controversia en torno a la lesión del bien jurídico protegido.

## **5. LOS DELITOS DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE DENTRO DE CONTEXTOS EMPRESARIALES**

Qué duda cabe que las empresas tienen un papel hegemónico en el mercado y la sociedad; empresas que, al organizarse de manera diversa y compleja —como los grupos empresariales o transnacionales—, han generado controversias para la atribución de delitos a sus miembros, como los delitos contra el sistema económico, tributario, el ambiente, entre otros. Por tal razón, existe la necesidad de la especialización del derecho penal en temas relacionados con el derecho penal económico y el derecho penal empresarial, conceptos que podrían presuponer una relación de género a especie respectivamente (Parma, 2017, p. 537); sin embargo, el derecho penal económico y de la empresa tienen orientaciones distintas.

El derecho penal económico, en palabras de Bramont–Arias Torres (1992), se puede definir como «la actividad punitiva del Estado relacionada con la actividad económica» (p. 85). Dentro del ordenamiento jurídico penal peruano, su objeto de estudio estaría referido a delitos especiales, como los delitos contra el orden económico, contemplados en el Título IX del Código Penal peruano vigente, considerándose a estos como un delito especial porque «sólo pueden ser cometidos por individuos que abusando de su influencia dentro del sistema económico cometan comportamientos que alteren tal orden» (Bramont–Arias Torres, 1992, p. 91).

Por su parte, el derecho penal de la empresa, a decir de García Cavero (2016), «se ocupa precisamente de desarrollar los mecanismos dogmáticos de imputación de la responsabilidad penal a los miembros de la empresa» (p. 3). Como se verá, el derecho penal económico y el de la empresa presentan diversos propósitos, pero ambos se encuentran homogeneizados por el factor empresa. En esa línea de ideas, el derecho penal económico y el de la empresa no demandarían conceptos de género y especie, sino a la inversa. Al respecto, Gracia Martín (2016) señala:

El “Derecho penal de la empresa” en sentido jurídico-dogmático no es un sector de la Parte Especial, sino que su objeto específico es el dato presente en la mayor parte de los delitos económicos de que éstos se cometen por lo general en el ejercicio y en el curso de una actividad empresarial, lo que hace que el Derecho penal económico sea esencialmente un Derecho penal de la empresa. (pp. 91-92)

Desde luego, el derecho penal de la empresa ganaría preponderancia en su estudio, porque todo ejercicio empresarial puede constituir actividades susceptibles de configurar diversos tipos penales por medio de sus miembros, configuración que incluso se puede generar dentro y desde la empresa. La dogmática entiende sobre esta distinción:

Mientras los primeros se refieren a los delitos cometidos en el seno de la empresa por un órgano de la empresa contra otros órganos o la empresa misma, los segundos abarcan los delitos que la empresa realiza como sujeto participante en el sistema económico. Esta distinción influye en la perspectiva de análisis jurídico-penal. (García Cavero, 2016, p. 1)

La preponderancia del derecho penal deberá tener como efecto que se pueda atribuir delitos comunes y especiales a los miembros de una empresa; siendo así, consideramos que todos los delitos que sean cometidos en contextos empresariales, de por sí, son delitos especiales al margen de las exigencias del tipo penal. Esto obedece a una misma línea de justicia equiparable a la tutela penal que se pretende con los delitos contra el orden económico; por consiguiente, los delitos generados dentro y desde la empresa constituyen delitos especiales.

Esta apreciación no es arbitraria debido al sinnúmero de casos de contaminación que son atribuidos a diversas empresas en los diversos rubros económicos y a la alta tensión que existe entre ambiente y empresa. Por ello, la mayoría de los Estados, incluido el Estado peruano, hacen esfuerzos para que sus actividades sean



sostenibles, y así también lo entiende la casación en estudio<sup>43</sup> y la doctrina nacional al abordar la autoría para el delito de contaminación ambiental y decir que pueden ser atribuidos a una persona jurídica. Sin embargo, es sabido que estas ficciones legales, al ser corporaciones, no cuentan con los elementos necesarios para que pueda formularse la imputación jurídico-penal (Peña Cabrera, 2010, p. 209). Las dificultades de atribución penal a los miembros de la empresa, desde luego, deberán ser abordadas por la dogmática penal actual o por el derecho penal de la empresa; y la interrogante que surge es si es que estos estudios necesitan nuevos enfoques o cambios de los clásicos dogmas del derecho penal.

En ese contexto, se considera que cualquier cambio de los criterios clásicos de imputación y principios de garantía para abordar los delitos desde la empresa deberá tener presente la pena de prisión; por lo cual, si existe una expansión del derecho penal sin considerar este aspecto, no estamos dentro de una expansión razonable (Silva Sánchez, 2001, p. 161). El derecho penal de la empresa será razonable siempre que cumpla con los clásicos dogmas del derecho penal.

En resumen, las empresas y, por ende, sus miembros, al tener un papel hegemónico en el mercado y la sociedad, han sido objeto de tutela penal a través de los delitos económicos, los cuales son conocidos como delitos dentro de la empresa, y por ello, son delitos especiales por la propia fórmula del tipo penal. Por consiguiente, en esa misma línea de justicia, también deberán considerarse delitos especiales aquellos ilícitos realizados desde la empresa por medio de sus miembros. Claro que esta exigencia especial no necesariamente estará enmarcada por el tipo penal, sino por normas formales y materiales extrapenales.

## **6. EL DEBER EXTRAPENAL O INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL**

Al hilo de las teorías de los máximos exponentes del funcionalismo penal y sus respectivas categorías de DID, es necesario recurrir e indagar a las normas extrapenales o instituciones positivas, de las cuales surgirán los deberes especiales infraccionados.

Para el caso de los delitos ambientales, está de más desarrollar que estos se encuentran tipificados bajo la técnica legislativa de los tipos penales en blanco, debido a la necesidad de auxilio e incorporación de la frondosa legislación ambiental para que el tipo penal adquiera sentido normativo en el proceso de subsunción. Por lo tanto, admitida o cuestionada sea esta técnica de tipificación, sí debemos admitir que las normas extrapenales e instituciones en materia ambiental se encuentran en la frondosa legislación ambiental con efectos de transversalidad por la variable ambiental en el ámbito jurídico, e incluso en ámbitos extrajurídicos, los cuales son objetos de estudios del derecho ambiental.

Sobre lo expresado, se tiene que el efecto transversal de la variable ambiental en el ámbito jurídico:

---

43 En el punto 1.6 de la parte considerativa de la Sentencia de Casación n.º 455-2017-Pasco, del 19 de junio del 2018: «las máximas de la experiencia dictan que dicho perjuicio es generado por agentes organizados que se orientan por un fin económico».



Atendiendo a los derechos sustantivos de las áreas jurídicas con las que se esté relacionando el derecho ambiental, estos serán encauzados, según corresponda, conforme con la legislación procesal civil, procesal penal, procesal constitucional o procesal administrativa. Este es el caso en el ordenamiento legal peruano, en tanto no existe un procedimiento específico para someter los casos ambientales. (Andaluz Westreicher, 2013, p. 692)

Sobre el efecto transversal de la variable ambiental en el ámbito extrajurídico, explica Foy Valencia (2018):

En la medida en que contemporáneamente el (medio) ambiente se concibe como una nueva dimensión integradora —holística— del quehacer humano, ello comprenderá igualmente al conjunto de condiciones —materiales, económicas, sociales o culturales— que debieran permitir el bienestar y desarrollo tanto de la persona como de la comunidad en su conjunto; es decir, el conjunto de condiciones que inciden en la mejora —o no— de la calidad de vida de las actuales generaciones, con previsión de las necesidades de las generaciones futuras. (p. 57)

Bajo la variable ambiental, las normas ambientales adquirieron expansión sobre todas las manifestaciones humanas que puedan tener cierto impacto o relevancia en el ambiente; por ello, incluso el principal cuerpo normativo del sistema jurídico es denominado por cierto sector de la doctrina constitucional como «Constitución ecológica»<sup>44</sup>. Concebida así la dispersión de la norma ambiental, no deberá entenderse que esta es ajena en la teoría del derecho. Ya adelantó Atienza Rodríguez (2017) que «en el derecho no se trata de optar entre reglas y principios, sino de conjugar esas dos necesarias dimensiones de nuestros sistemas jurídicos» (p. 149). Por consiguiente, es necesaria la conjugación, al menos, de las normas jurídicas ambientales dispersas en el ordenamiento jurídico.

Pero, con ello, tampoco intentamos proponer que todas las normas tienen una vocación ambiental o que el sistema jurídico se ha ecologizado, sino que una norma ambiental, ya sea de índole constitucional o no, deberá estar asociada al desarrollo de la vida en el sentido más amplio del término; en palabras de Alegre Chang (2010), al respecto:

Así, una norma jurídica, será “ambiental” cuando tenga como propósito central, regular las conductas humanas asociadas a los elementos, factores y recursos susceptibles de afectar el desarrollo de la vida, desde una perspectiva de tutela del interés público y transgeneracional. Bajo este concepto, la variable “ambiental” considerada en la formulación del artículo 2°, numeral 22 de la Constitución de 1993, debe ser entendida como el ámbito de tutela constitucional, de interés público y transgeneracional, que recae sobre los elementos, factores y recursos asociados al desarrollo de la vida entendida en su más amplio sentido. (p. 6)

44 Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente n.° 0012-2019-PI/TC, del 16 de junio del 2020.

Esta realidad holística de las normas ambientales tiene como finalidad inmediata el cuidado del ambiente y sus componentes que condicionan el desarrollo de la vida de la persona humana o la vida en su más amplia expresión, como bien jurídico tutelado; idea que se engarza con la definición de bien jurídico tutelado prefijado con anterioridad al tipo penal de contaminación ambiental. Por lo tanto, consideramos que existen normas ambientales con vocación jurídica que pueden ser fuente de deberes extrapenales.

Con más precisión, incluso se ha legislado el deber de proteger el ambiente, conforme se aprecia en el artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, Ley n.º 28611, que prescribe:

#### **Artículo I.- Del derecho y deber fundamental**

Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y **el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente**, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país. (El énfasis es nuestro)

Agregado a ello, en el mismo cuerpo de leyes, específicamente en el artículo 75.1<sup>45</sup>, se prescriben de forma particularizada los deberes de protección al ambiente en el ámbito empresarial, resaltando de forma prioritaria las medidas de prevención. La naturaleza de estas normas ambientales e inclusive las normas referidas a la salud ambiental, diversidad biológica y recursos naturales son de naturaleza pública, cuya aplicación, interpretación e integración se realizan en función de los principios rectores previstos en la Ley General del Ambiente y, en forma subsidiaria, de los principios generales del derecho, conforme lo prescribe el artículo 7 de la Ley General del Ambiente.

Esta ambición de tutela mediante la norma ambiental no solo parte de una interpretación del texto jurídico, sino de una interpretación de los valores que el mismo derecho pretende realizar en el seno de una práctica normativa vinculada a textos, y que, a su vez, pretende conectar esferas extrajurídicas, como la moral y la política, presentándose la norma ambiental, dentro del derecho, como lo más justa posible (Lifante Vidal, 2018, pp. 226-227). Ahora bien, presentar dicha norma como lo más justa posible se logra justamente recogiendo las normas jurídicas y extrajurídicas (política ambiental, economía ambiental, ética ambiental, entre otros aspectos) transversalizadas por la variable ambiental y que tienen por objeto, desde su radio de acción, «el cuidado del ambiente».

45 «Artículo 75.- Del manejo integral y prevención en la fuente

75.1 El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes».

Hasta aquí, se aprecia un mosaico teórico que puede justificar el deber extrapenal con elementos formales o jurídicos para los DID de Roxin, sin la necesidad de embarcarse en contextos extrajurídicos, lo que aún no dice nada de las instituciones generadoras de deberes positivos.

Para este propósito, es necesario precisar que el concepto institución empleado por Jakobs no es necesariamente de tipo organicista ni jurídico, sino que proviene de las ciencias sociales, y en el contexto ambiental peruano, tiene un desarrollo incipiente desde el año 1990 con la dación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, mediante el Decreto Legislativo n.º 613. Así, su desarrollo más notable fue en el año 2008 con la creación del Ministerio del Ambiente y demás entidades adscritas a este, como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana (IIAP), el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp) y otros. Sin embargo, esta institucionalidad fijada por la ley e institucionalidad orgánica no es suficiente ni sostiene a una institución en los términos de Jakobs.

Entendiendo a la institución desde las ciencias sociales y a las instituciones orgánicas con fines de cuidado del ambiente, para los fines propuestos en el presente artículo es importante añadir otros elementos a los ya descritos, lo cual resulta de suma importancia con el fin de asegurar a las personas un ambiente adecuado para el desarrollo de la vida, entendida en su más amplio sentido. Considerando lo expuesto, es que se plantea el concepto de institucionalidad ambiental, conforme también lo entiende Lanegra (2014), al afirmar:

No obstante, el marco institucional ambiental no asegura por sí solo los resultados esperados, pues sus organizaciones e instrumentos deben interactuar con sus pares de otros ámbitos de la gestión estatal, como la económica y la social, así como frente a un conjunto de organizaciones privadas y reglas informales que pueden reducir o ampliar significativamente la eficacia de dicho marco. (p. 30)

En ese sentido, la institucionalidad ambiental está compuesta no solo por actores públicos, sino también privados, con fines comunes y responsabilidades compartidas. Esta idea adquiere solidez al sugerir que las empresas cumplan fielmente sus obligaciones ambientales y que se debe contar con la participación responsable de la ciudadanía (en forma individual o colectiva), amparada en su derecho y deber de vigilancia y control para el cumplimiento de las obligaciones ambientales de los titulares de actividades económicas. Esto traerá como consecuencia, en palabras de Andaluz Westreicher (2011), que «no es necesario crear nueva institucionalidad sino mejorar y fortalecer la existente» (p. 93). En conclusión, en la doctrina nacional ambiental ya se admite la existencia de una institución ambiental en términos prescritos por las ciencias sociales, es decir, una institución sustraída de la disposición del hombre individual.

Por último, la existencia de la institucionalidad ambiental, con sus diversos actores públicos y privados con fines y obligaciones compartidos para el cuidado del medio ambiente, también puede ser rastreada en el contenido del derecho fundamental al medio ambiente. En cuanto a que dicho derecho fundamental se preserve, en la

Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. n.º 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril del 2005, caso regalías mineras, fundamento 17 *in fine*, se ha expresado lo siguiente:

El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

En conclusión, el deber extrapenal o el institucional en materia ambiental pueden ser identificados por elementos formales y materiales; es decir, existen normas jurídicas o extrajurídicas a causa del efecto transversal de la variable ambiental. En su elemento formal, se puede identificar los deberes extrapenales, y en los elementos formales y materiales, la institucionalidad ambiental, adquiriendo esta gran presencia en el contexto social, ambiental, político y jurídico, y generando relaciones institucionales con los diversos actores que la componen. Por consiguiente, en este extremo, es factible la dogmática de los DID.

## **7. LA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER ASUMIDA EN LA JURISPRUDENCIA PENAL AMBIENTAL**

Las líneas antes expresadas, si bien no trataron de ser exhaustivas en el desarrollo histórico y filosófico de las corrientes funcionalistas, consideramos que fueron suficientes para rastrear e identificar la teoría de la infracción del deber bajo la categoría de los DID de Roxin y de Jakobs, categoría que fue empleada en la casuística penal ambiental que recorrió instancias excepcionales: nos referimos al caso contenido en la Casación n.º 455-2017-Pasco, del 19 de junio del 2018.

Para entrar en materia, es necesario presentar las cuestiones fácticas y jurídicas del caso, las cuales pueden resumirse en la imputación del delito de contaminación ambiental a los miembros de la compañía minera Volcán S. A. A. en lo referente a las actividades de su unidad de producción Cerro de Pasco: el gerente de operaciones y el gerente general. Ambos, respectivamente, habrían transgredido el deber de garante de la protección del ambiente durante la dirección de las operaciones mineras en la citada unidad de producción y el deber jurídicamente relevante de impedir la producción de sucesos contaminantes al no adoptar medidas gerenciales. Esto desencadenó la descarga de aguas de difusa calidad a cuerpos de aguas naturales como consecuencia de las actividades mineras de su empleadora o representada de los encausados respectivamente.

Dada las mencionadas características del caso, la jurisprudencia penal nacional se decantó por la teoría de la infracción del deber por ser, a su juicio, la más apropiada para abordar la autoría y participación en los delitos de contaminación ambiental en contextos empresariales, debido a la estructura singular de tipo penal en blanco.

Conforme se aprecia de los considerandos 1.7 al 1.9 de la citada sentencia casatoria, se puede inferir, desde la jurisprudencia, que para estos casos, no es apropiada la teoría de dominio del hecho.

Esto último es un acierto, pero no por ser dicho delito un tipo penal en blanco, sino por las dificultades que genera el atribuir un curso de acción o fenomenológico en función del cual, al suscitarse el hecho ilícito, hace parecer que las obligaciones ambientales contraídas por la empresa se diluyen, sea por las complejas estructuras jerárquicas horizontales y verticales, por la fungibilidad de los empleados o colaboradores de la empresa y por el ámbito estrictamente privado en que se suscita el hecho contaminante.

Lo que resta, entonces, es la orientación de estos casos mediante la teoría de la infracción del deber. Sin embargo, la citada sentencia no toma en serio el tipo de teoría de la infracción del deber a seguir, al no precisar en alguna cita o pie de página si la teoría decantada pertenece a los DID de Roxin o de Jakobs, o de algún seguidor de la corriente penal vigente. Por lo tanto, es necesario su rastreo e identificación a partir de sus considerandos, para lo cual es relevante el fundamento 1.10, en el que se alegó lo siguiente:

De ello se deriva que la conducta penalmente sancionada de los agentes activos en el delito de contaminación ambiental únicamente puede ser viable en la medida en que el deber exigido por la norma prevista por la persona jurídica así lo ha establecido, por lo que cualquier otra conducta que extralimite o no precise dicho deber o rol deberá excluir la responsabilidad del agente.

Del citado considerando, se aprecia que los DID se fundamentan en la infracción de deberes contenidos en normas previstas por la propia persona jurídica. Por consiguiente, será en estas normas en las que el agente delimitará su rol o competencia, y consecuentemente, se valorará su responsabilidad. Si ello es así, la norma prevista por la persona jurídica, al tener elementos formales o de juridicidad, podría presuponer un deber extrapenal y acercarnos a los DID de Roxin. Sin embargo, debemos negar que sea así por los siguientes motivos:

1. Los DID de Roxin están orientados solo a determinar el grado de participación y autoría, mas no a fundamentar el injusto penal o responsabilidad en el caso de que el agente se extralimite en su rol o deber.
2. Los DID de Roxin están orientados a los delitos especiales cuyas características recaen en las cualidades del sujeto agente consideradas en el tipo penal, no existiendo esta exigencia en el presente caso al tratarse de un delito común según la propia redacción del tipo penal: «El que...».
3. En los DID de Roxin, se entiende por deber los deberes extrapenales debidamente positivizados en alguna faceta o disciplina del derecho; en el presente caso, es poco apropiado equiparar normas internas, previstas por la propia persona jurídica, con alguna faceta o disciplina del derecho.

Las razones expuestas, de por sí, descartan cualquier intento de aplicación de los DID de Roxin y, peor aún, bajo este dogma, de proseguir con el análisis de la autoría y participación en el hecho contaminante. Entonces, solo queda rastrear si se ha recurrido a los DID de Jakobs.

Como es sabido, es necesario enmarcar los DID de Jakobs en deberes institucionales; es decir, el deber infraccionado constituye un deber positivo que surge de una institución —entendida como tal desde las ciencias sociales—, que puede ser ajena al tipo penal y sustraída del sujeto agente. Bajo estos parámetros, tampoco parece haberse seguido los DID de Jakobs en el caso estudiado, si bien se hace alusión a un espacio institucional (como una compañía minera, por ejemplo), no se refiere a una institución descrita por las ciencias sociales, sino a una institución en términos organicistas; además, no se identificó la infracción de algún deber negativo (como no dañar a otro). En conclusión, de los demás considerandos no se aprecia fehacientemente la toma de postura bajo los DID de Jakobs.

En resumen, si bien es meritorio que la Casación n.º 455-2017-Pasco se haya declinado preferentemente por los DID y no por los delitos de dominio para los casos de delito de contaminación ambiental en contextos empresariales, es un demérito que no haya clarificado el tipo de línea dogmática a seguir. Se ha desconocido así el origen de los deberes infraccionados y el alcance de estos respecto a los sujetos obligados, como autores y partícipes de los miembros de la empresa, para, a partir de ello, justificar el modo o circunstancias en que estos deberes fueron infraccionados, como bien lo exige la propia casación para no quebrantar el principio de imputación necesaria.

## **8. PROPUESTA DE LA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER ASUMIDA**

En este último tramo, y después de todo lo expuesto, se propondrá la línea dogmática de los DID que se va a seguir, precisando que esta no podrá ser ambiciosa al no plantearse algunas reglas infalibles, sino que se tratarán ciertas pautas o aproximaciones generales para tenerlas presentes ante similares casos.

También debemos precisar que dada la estructura normativa del artículo 304 del Código Penal —que prescribe lo siguiente: «El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles»—, se tiene que no existe alguna exigencia de cualidad en el sujeto agente. Por consiguiente, los DID de Roxin, de plano, se encuentran limitados, más, si sus actuales estudios han planteado que estos delitos solo se refieren a delitos de los titulares de un cargo público, a la administración desleal y peculado conforme el derecho alemán o las lesiones corporales a menores, perpetradas por sus progenitores o personas a cargo de su educación.

Entonces, no hay otra alternativa más que proponer los DID de Jakobs, que es apropiada, no tanto para abordar el delito en términos del grado de autoría y participación, sino en grados de intervención delictiva bajo ámbitos de competencias definidos por los deberes institucionales. Son estos deberes especiales que hacen que un delito común se torne en un delito especial. Esta postura es apropiada porque no exige que el sujeto agente tenga alguna cualidad prescrita en el tipo penal, sino una relación especial institucional entre el obligado especial y el derecho o bienes que le corresponde garantizar; también es apropiada porque le es indiferente si el sujeto agente interviene con conductas comisivas u omisivas.

Esta apreciación, desde luego, se viabiliza por la institucionalidad ambiental de la cual emanan deberes de protección, prevención y cuidado del medio ambiente, deberes

que generan una relación especial institucional y obligaciones especiales. Tanto para las personas individuales y colectivas como para las organizaciones públicas o privadas la existencia de esta institucionalidad presenta también un componente jurídico que permea todos los estratos o disciplinas del derecho, por lo cual se justifica plenamente cualquier injusto penal.

Hasta aquí, es importante destacar que no se asume que los deberes negativos fundamenten los DID, porque con los deberes positivos se trata de obligar al sujeto agente a fomentar y mantener los bienes puestos bajo su custodia, como el cuidado del medio ambiente frente a amenazas ajenas, a un peligro o a una lesión generados por los subalternos o personal ejecutor de las actividades económicas propias de la empresa, lo cual posibilita un mundo común y seguro. Es decir, posibilitará un entorno ambiental en condiciones mínimas para el desarrollo de la vida, entendida en su más amplio sentido, cuyo interés de tutela es público, privado e intergeneracional. Sobre el tratamiento de la intervención delictiva en ámbitos empresariales, es interesante lo expresado por Jakobs (2000), al referir:

Si se reconoce la posibilidad de una mezcla de contribuciones activas con contribuciones por omisión y además se cambia el punto de mira del dato fáctico del dominio a la medida de la competencia, ello probablemente conducirá a una considerable facilitación de la imputación de delitos cometidos en empresas, en la medida en que la competencia se desplaza de los ejecutores a la dirección de la empresa: responsabilidad en función del rango y no en función de la medida de los movimientos de los dedos. Han de quedar fuera de consideración las cuestiones de detalle. (p. 183)

Entonces, los DID propuestos deben entenderse en el sentido de que todos los miembros de una empresa tienen al menos un mínimo deber positivo de cuidado del medio ambiente, pero este deber se intensifica en los principales representantes de la empresa, por ser ellos, justamente, los contrayentes de las obligaciones ambientales en representación de su representada. Lo que se quiere decir es que los deberes especiales son personalísimos y no son delegables, lo delegable es la organización de tal deber especial, mas no su titularidad. En este ámbito, justamente, los criterios de imputación adquieren operatividad, como el principio de confianza, ya que toda delegación de estos representantes a sus similares o subalternos, de por sí, no deberá generar confianza si no se examinan varias circunstancias, como las que pasaremos a explicar.

Estas circunstancias se evalúan de acuerdo con la organización de la empresa y la autonomía de las decisiones de sus miembros. En empresas debidamente organizadas, es frecuente que sus máximos representantes organicen sus obligaciones ambientales por medio de direcciones o áreas de asuntos ambientales. También pueden contar con terceros o ajenos a la empresa que desempeñan el rol de oficiales de cumplimiento (*compliance officers*): en este caso, deberá ser materia de análisis si esta organización y los miembros que la componen son respectivamente idóneos y calificados para el desempeño de las funciones; de lo contrario, recaerán esta organización y esta designación de personal en un mero formalismo, no pudiendo operar el principio de confianza, sino de desconfianza. En caso contrario, el análisis recaerá en los subalternos o ejecutores, o simultáneamente en ambos, dependiendo de la casuística y el flujo de información existente.



Desde esta óptica de los deberes positivos e institucionalidad ambiental, se entenderá que existe un alcance a todos los miembros de una empresa —ya sea que estén organizados en jerarquías horizontales y verticales—. Tales deberes se intensifican en los representantes de la empresa y en las áreas o direcciones orientadas al medio ambiente: esto genera que los miembros ubicados en una jerarquía de mayor a menor rango asuman una diferencia cuantitativa de deberes, y con ello, se podrá evaluar la participación delictiva en forma cuantitativa, autoría y complicidad (*extraneu*).

Considerando esta jerarquía de deberes, se deberán orientar todos los actos de investigación y posterior construcción de las circunstancias en las que se infringieron tales deberes especiales como uno de los extremos de la imputación fiscal. Además, se determinará el diagrama de hechos y demás circunstancias, para lo cual serán de ayuda, pero no determinantes, las normativas internas de las empresas; las obligaciones ambientales asumidas por la empresa ante las entidades administrativas competentes; el perfil profesional e idoneidad de los empleados, directivos y ejecutores; el flujo de información que se suscite antes, durante y después del evento contaminador; la logística y el material empleado para el desarrollo de las actividades económicas; las tomas de decisiones oportunas por parte de los involucrados; entre otros.

Los DID y la institucionalidad ambiental propuestos, de tinte jakobsiano, podrán fundamentar la imputación jurídico penal y no solo el grado de intervención delictiva en grados de autoría y participación, ya que, como se explicó, el actual normativismo penal no descarta la participación del *extraneus*, pudiendo ser, para el presente caso, los miembros de la empresa participante en el colectivo típico con deberes cuantitativamente diferenciados. Pero todo este andamiaje teórico surge de la lesión a deberes positivos que no se encuentran en estricto en una norma instituida por la empresa o persona jurídica, sino que es una norma instituida por elementos jurídicos y extrajurídicos, los cuales no están al alcance o disponibilidad de los miembros de una empresa y, por el contrario, delimitará y fundamentará el ámbito de competencia de todos sus miembros.

## 9. RESULTADOS

Consideramos dos principales resultados:

1. La Casación n.º 455-2017-Pasco no tomó en serio la recepción de la teoría de la infracción del deber al no adoptar postura dogmática y al no advertir que las normas instituidas por las empresas como fuente de deberes especiales son insuficientes o mínimas frente a la amplia normatividad ambiental como fuente de deberes que transversalizan todos los ámbitos del quehacer humano y de la empresa en relación con sus actividades con incidencia en el ambiente.
2. Ante la imposibilidad de la aplicación de los DID de Roxin y la posibilidad parcial de los DID de Jakobs, es necesaria la propuesta de la institucionalidad ambiental con el fin de afianzar la aplicación de esta concepción penal normativista.



## 10. CONCLUSIONES

Del desarrollo modesto de los temas descritos, podemos concluir lo siguiente:

1. Los DID de Roxin y Jakobs constituyen categorías de las teorías de la infracción del deber desde el funcionalismo penal actual, pero presentan diferencias intransables respecto de la naturaleza de los deberes infringidos, los cuales tienen distintas consecuencias en los delitos especiales: para el primero, es la delimitación de la autoría y participación, y para el segundo, la fundamentación de la imputación jurídico penal. En los demás aspectos son transables, como, por ejemplo, en la equiparación entre lesión de un deber especial y bien jurídico, o como la autoría y participación con la intervención delictiva.
2. Las empresas y sus miembros, al tener un papel hegemónico en el mercado y la sociedad, han sido objeto de tutela penal a través de los delitos económicos, conocidos como «delitos» dentro de la empresa; por ende, son delitos especiales por la propia fórmula del tipo penal. Consecuentemente, en esa misma línea y lógica de justicia, también deberán considerarse delitos especiales aquellos ilícitos realizados desde la empresa por medio de sus miembros; claro que esta exigencia especial no necesariamente estará enmarcada por el tipo penal, sino por normas formales y materiales. Por lo tanto, los miembros de una empresa son pasibles de imputárseles el delito de contaminación del ambiente como un delito especial.
3. Es meritorio que la Casación n.º 455-2017-Pasco se decline preferentemente por la teoría de la infracción del deber y no por la teoría de dominio del hecho para los casos de delito de contaminación ambiental en contextos empresariales. Pero es un demérito que no haya clarificado el tipo de línea dogmática que siguió, desconociendo así el origen de los deberes infraccionados y el alcance de estos para con los sujetos obligados, lo cual dificulta la pauta jurisprudencial a seguir.
4. Los DID y la institucionalidad ambiental propuestos, de tinte jakobsiano, podrán fundamentar la imputación jurídico penal, y no solo el grado de intervención delictiva en grados de autoría y participación, ya que el actual normativismo penal no descarta la participación del *extraneus*, pudiendo ser para el presente caso los miembros de la empresa participante en el colectivo típico con deberes cuantitativamente diferenciados. Pero todo este andamiaje teórico surge de la lesión a deberes positivos que no se encuentran en estricto en una norma instituida por la empresa o persona jurídica, sino que está instituida por elementos jurídicos y extrajurídicos, los mismos que no están al alcance o disponibilidad de los miembros de una empresa, y, por el contrario, delimitará y fundamentará el ámbito de competencia de todos sus miembros.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

- Alegre Chang, A. (Febrero del 2010). Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo «de la vida». *Gaceta Constitucional: Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del derecho*, 1-15. <https://adaalegreconsultores.com.pe/articulos/articulo8a.pdf> (Consulta: 20 de diciembre del 2021).
- Andaluz Westreicher, C. (2011). La institucionalidad ambiental que necesitamos. *Advocatus*, (025), 87-93. <https://doi.org/10.26439/advocatus2011.n025.385> (Consulta: 21 de diciembre del 2021).
- Andaluz Westreicher, C. (2013). *Manual de derecho ambiental* (4.<sup>a</sup> ed.). Lima: Grijley.
- Atienza Rodríguez, M. (2017). Ponderación y sentido común jurídico. En *Filosofía del derecho y transformación social* (pp. 147-163). Madrid: Trotta.
- Bramont-Arias Torres, L. (1992). Delitos económicos y bien jurídico. *Ius Et Veritas*, 3(5), 85-92.
- Caro John, J. A. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito*. Lima: Ara Editores.
- Daza Gómez, C. (septiembre-diciembre, 1999). El funcionalismo, hoy. *Revista de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, (227-228), 95-108. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28498/25764> (Consulta: 10 de diciembre del 2021).
- Feijoo Sánchez, B. (2007). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus.
- Foy Valencia, P. (2018). *Tratado de derecho ambiental peruano: una lectura del derecho ambiental desde la Ley General del Ambiente* (t. I). Lima: Instituto Pacífico.
- García Caveró, P. (2004). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- García Caveró, P. (2012). *Derecho penal. Parte general* (2.<sup>a</sup> ed.). Lima: Jurista Editores.
- García Caveró, P. (2016). *La imputación jurídico penal a los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa*. [Sesión de conferencia]. Conferencia pronunciada en la Universidad Andrés Bello, Viña del Mar, Chile del 16 al 18 de noviembre del 2016. [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20091005\\_03.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20091005_03.pdf) (Consulta: 20 de diciembre del 2021).
- Gracia Martín, L. (2016). Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos. *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 01-131. <https://indret.com/concepto-categorial-teleologico-y-sistema-dogmatico-del-moderno-derecho-penal-economico-y-empresarial-de-los-poderosos/> (Consulta: 19 de diciembre del 2021).

- Jakobs, G. (2000). El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. En Instituto Peruano de Ciencias Penales. Universidad de Piura (Ed.), *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal. (Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000)*, (pp. 165-194).
- Jakobs, G. (2015). Una teoría de la intervención delictiva. *Crónica Jurídica Hispalense*, (13), 157-170. <https://hdl.handle.net/11441/86168> (Consulta: 11 de diciembre del 2021).
- Lanegra, I. (2014). Institucionalidad ambiental peruana. En G. Damonte y G. Vila (Eds.), *Agenda de investigación en temas socioambientales en el Perú: Una aproximación desde las ciencias sociales* (pp. 29-46). Pontificia Universidad Católica del Perú y Centro de Investigaciones Sociológicas, Económicas, Políticas y Antropológicas (Cisepa).
- Lifante Vidal, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., & y García Álvarez, P. (2013). *Manual de derecho penal medioambiental*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Parma, C. (2017). *Teoría del delito 2.0*. Lima: Adrus.
- Peña Cabrera, A. (2010). *Derecho penal. Parte especial* (t. IV). Lima: Idemsa.
- Ragués i Vallès, R., & Robles Planas, R. (2018). *Delito y empresa, estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial* (1.<sup>a</sup> ed., reimpresión revisada y actualizada). Barcelona: Atelier.
- Rodríguez Hurtado, M., Ugaz Zegarra, Á., Gamero Calero, L., & Schönbohm, H. (2012). *Manual de casos penales – La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal* (2.<sup>a</sup> ed.). Lima: NOVA.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal* (2.<sup>a</sup> ed.), (trad. F. Muñoz Conde). Buenos Aires: Hammurabi, Buenos Aires.
- Salinas Siccha, É. R. (2020). *La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionales* [Tesis doctoral]. Unidad de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. <https://hdl.handle.net/20.500.12672/16746> (Consulta: 17 de diciembre del 2021).
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, (81), 93-112.
- Silva Sánchez, J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2.<sup>a</sup> ed.). Madrid: Civitas Ediciones.
- Villa Stein, J. (diciembre del 2009). El funcionalismo en el derecho penal peruano. Apreciaciones, teorías y práctica. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 3(5), 23-42.

Villavicencio Terreros, F. (1992). Ley penal y hecho punible en el Código Penal peruano de 1991. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, (46), 33-61. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199201.002> (Consulta: 11 de diciembre del 2021).

Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho penal – parte general* (2.ª ed.). Buenos Aires: Ediar.

# NECESIDAD DE REFORMULAR EL CONTENIDO DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS RESIDUOS SÓLIDOS

La importancia de agregar un verbo rector y establecer la inhabilitación a funcionarios públicos.

**Rosa Victoria Cabrera Castillo<sup>46</sup>**

**SUMARIO.** 1. Introducción, 2. Análisis, 3. Propuestas de modificatorias del artículo 306, 4. Conclusiones, 5. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

En el actual contexto de la COVID-19, el artículo 306 del Código Penal peruano, Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos, ha pasado a ser uno de los artículos más destacados del Título XIII. Debido a la pandemia que atravesamos, este artículo debería ser analizado con mayor atención dado que la vulneración a esta norma podría generar impactos altamente dañinos para el medio ambiente y, por ende, a la salud de las personas.

La modificación propuesta no aumenta ni modifica la pena; sin embargo, agrega al tipo penal un verbo rector además: «disponga» o «traslade» y la inhabilitación a funcionarios, pues es evidente que la mayoría de los sentenciados ocupan cargos públicos o son personas que, sin ocupar cargo público, prestan el servicio público de transporte y/o disposición de residuos sólidos, para lo cual se aplicará la Casación n.º 634-2015 Lima, considerando que lo mencionado se desprende del Código Penal, artículo 36, numerales 1 y 2.

En primer lugar, se bosqueja el enfoque requerido para la problemática generada por el mal manejo de los residuos sólidos, que, a nuestro criterio y pese a que cuenta con normativa específica (Decreto Legislativo n.º 1278, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos; Decreto Supremo n.º 014-2017-MINAM, Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1278; y otras normativas), no cuenta con una respuesta firme a la problemática

<sup>46</sup> Asistente legal de la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales. Abogada por la Universidad de San Martín de Porres.

En segundo lugar, se busca destacar y sensibilizar a los lectores sobre el particular momento mundial sanitario que enfrentamos y la manera en que nuestro actuar como sociedad podría reducir los efectos ambientales producidos por la pandemia. Finalmente, se busca plantear la importancia de lo agregado o de la modificación del artículo 306 del Código Penal.

## 2. ANÁLISIS

### **Artículo 306.- Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos**

El que, sin autorización o aprobación de la autoridad competente, establece 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, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de dos años.

Cuando el agente, contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas, utiliza desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano, la pena será no menor de tres años ni mayor de seis años y con doscientos sesenta a cuatrocientos cincuenta días-multa.

### 2.1. CONCEPTO DE SUJETO ACTIVO Y DE SUJETO PASIVO

En el caso del incumplimiento o la falta de ejecución de un deber impuesto por una norma jurídica (Expediente n.º 047-2004-AI/TC) referida al manejo de residuos sólidos, el sujeto activo es cualquier persona que actúe «sin autorización o aprobación de la autoridad competente, establece un vertedero o botadero de residuos sólidos (...)», como se señala en artículo 306. Así, en este delito, el agente tiene la intención de realizar una conducta o actúa sin el debido cuidado (dolo o culpa) al fijar un lugar o espacio donde se vierte todo tipo de desechos, los cuales son, por definición, basura.

Asimismo, se debe señalar que el sujeto pasivo por la comisión de este delito es quien se haya visto perjudicado. Este papel le corresponde al Estado, que se encuentra representado por la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales.

## 2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO COLECTIVO Y BIEN JURÍDICO DIFUSO

El medio ambiente es el conjunto de elementos de origen natural y aquellos creados por el hombre que, en un perfecto equilibrio, permiten la existencia y desarrollo de los seres vivos; esto es, seres humanos, flora y fauna. Al respecto, Bartra Abensur (2002) señala lo siguiente:

El medio ambiente provee el entorno necesario para la vida humana, flora y fauna. Los recursos naturales, patrimonio de la nación, constituyen los elementos materiales necesarios para satisfacer nuestros requerimientos de alimentación, vestido, vivienda, energía y demás productos de la población peruana actual, pero también deben de garantizar el bienestar de las generaciones futuras. Estamos tomando prestado hoy lo que pertenece a los jóvenes y niños que nacerán en el Perú que deberán también tener lo necesario para su bienestar. (p. 9)

En mi opinión, no hay concepto más claro que el presentado por Bartra Abensur, pues es imperativo proteger aquello que nos garantiza la supervivencia y nuestro desenvolvimiento como personas, así como el derecho de las personas a vivir un ambiente apropiado.

Al respecto, en la Exposición de Motivos del Código Penal peruano, «Innovaciones propuestas en la parte especial», se determina la importancia de la protección del bien jurídico medio ambiente:

11. La Constitución Política es contundente al señalar que todos tenemos el derecho de habitar en un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza y que todos tenemos el deber de conservar dicho ambiente. Además, el Estado está obligado a prevenir y controlar la contaminación ambiental. Con este objetivo protector, el Código Penal prevé los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. El medio ambiente constituye un bien jurídico de carácter socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo. Los controles sociales extrapenales y una adecuada legislación administrativa al respecto deberán operar junto al Código Penal.

Fundamental es la palabra utilizada por el legislador para corroborar la importancia de la protección del medio ambiente, quedando de manifiesto el objetivo legislativo y la necesidad de perseguir punitivamente a los infractores que dañen este bien jurídico.

Además, cabe resaltar que el medio ambiente es un bien jurídico colectivo; dado que «los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos a partir de una relación basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un

colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social» (Bustos Ramírez, como se citó en Caro Coria, 1998, p. 199).

En el actual contexto, es evidente la necesidad de priorizar la protección del medio ambiente como necesidad social, siendo el caso que nos atañe **el no establecimiento de botaderos que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente**.

Respecto a que el medio ambiente es un bien jurídico difuso, el Código Procesal Civil en su artículo 82, señala que el «Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor» (Expediente n.º 1426-2006-PA/TC).

Para ilustrar mejor la idea, en relación con el artículo 306 del Código Penal, es imposible cuantificar a las personas que se verían afectadas por la generación de un botadero, pues no solo serían los pobladores cercanos al área degradada, también lo serían quienes laboran recolectando o disponiendo la basura y muchas otras que pueden verse afectadas por la emisión de gases o propagación de enfermedades; además, se pondría en peligro bienes de inestimable valor, como son el medio ambiente, la salud y la vida.

### **3. PROPUESTAS DE MODIFICATORIAS DEL ARTÍCULO 306 DEL CÓDIGO PENAL**

#### **3.1. AGREGAR COMO VERBO RECTOR «DISPONGA» O «TRASLADE»**

De una lectura breve del artículo 306, se puede advertir la problemática con el verbo «establece». Cuando uno analiza el significado de la palabra, encuentra que esta palabra es sinónima de «fundar, instituir» o «crear». Por ello, se genera dentro del análisis jurisdiccional la idea de que el procesado solo podrá ser condenado por este delito si produce algo nuevo o da principio a algo, lo que, en este caso particular, sería la creación de un botadero o vertedero.

Lo mencionado da pie para examinar detalladamente la sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Expediente n.º 04257-2014-55-0401-JR-PE, en contra de Marcio Félix Soto Rivera (alcalde), Álvaro Gaspar Ortiz Villanueva (gerente de Servicios Públicos) y Zacarias Marín Pinto Escobedo (subgerente de Limpieza Pública), por la comisión de delito de incumplimiento de normas relativas a residuos sólidos, previsto y penado en el primer párrafo del artículo 306 del Código Penal, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales.

Detallando una breve exposición de los hechos, el caso se refiere al periodo 2011-2014, cuando los acusados eran funcionarios de la alcaldía de Paucarpata; entonces, fueron exhortados por la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental, con fecha 22 de junio del 2012, a que procedieran con la clausura del botadero informal denominado «El Cebollar». Pese a las exhortaciones, se mantuvo el botadero, sin realizar



ninguna acción para poner en marcha el proyecto denominado «Mejoramiento del Sistema de Gestión» y sin ordenar que se lleve toda la basura al botadero controlado de Quebrada Honda. Además, en el lugar, se permitía la disposición de materiales hospitalarios, la crianza de porcinos, la quema de basura y otros.

Por lo expuesto, en la valoración probatoria realizada por el magistrado, se tenía que quedar en él la idea de comprobar si los acusados realizaron la conducta; es decir, si *establecieron* el funcionamiento del botadero de residuos sólidos El Cebollar. Para ello, se tuvo en consideración lo manifestado por un efectivo policial de la zona, quien declaró que el botadero El Cebollar existía hacía unos quince o veinte años, siendo que, a la fecha de la constatación, en el año 2006, ya se encontraba en funcionamiento; inclusive hizo mención a que este botadero comenzó a funcionar en 1966 o 1968. Además, se hizo referencia a un informe en el cual se señalaba que el botadero funcionaba desde hacía más de veinticinco años. De ello, se infirió que El Cebollar no se estableció durante el periodo en que los acusados se encontraban ejerciendo como funcionarios públicos.

Además, se precisa que aun sea el supuesto de que los acusados, en sus calidades de alcalde, de gerente de Servicios Públicos y de subgerente de Limpieza Pública, no hubiesen cumplido sus deberes, ello no generó que se «estableciera» el botadero El Cebollar. Así, de no haber cumplido sus funciones, estarían inmersos en responsabilidades administrativas, mas no penales.

Se tuvo como resultado que el juez fallara absolviendo a Marcio Félix Soto Rivera, Álvaro Gaspar Ortiz Villanueva y Zacarias Marín Pinto Escobedo por el delito de incumplimiento de normas relativas a residuos sólidos, y declarando infundada la reparación civil.

En definitiva, es de relevancia agregar como verbo rector «disponga» o «traslade» residuos sólidos, pues es posible que, como en la sentencia mencionada, se tenga a diferentes analistas jurídicos realizando una interpretación literal, abocándose por completo al resultado de la lectura del artículo; y no llegando al verdadero sentido de la norma o a la intención real del legislador.

Debemos tener en cuenta que en un momento no se pueden establecer todas las situaciones futuras que llegarán a impactar negativamente en la sociedad. En palabras de Hassemer (1984):

el mayor peligro para el mandato de certeza proviene de la capacidad del legislador para hacer leyes precisas, pues tiene que resolver al mismo tiempo dos tareas diferentes y contrarias entre sí: tiene que dejar sus normas lo suficientemente abiertas como para poder adaptarse a cambios futuros, y tiene que redactarlas de un modo lo suficientemente cerrado como para que sean impenetrables a casos que no han sido imaginados. Toda decisión que haya que tomar entre flexibilidad y precisión es problemática, pues siempre que tratemos de regular mediante pautas generales conductas humanas —en forma no ambigua y por anticipado—, encontramos dos grandes escollos conectados entre sí: nuestra relativa ignorancia de los hechos y nuestra relativa indeterminación de nuestros propósitos. (p. 118)

Por ello, ante la materialización de un hecho no previsto por quienes regularon la problemática, se hace necesaria una precisión en la redacción de la norma.

### 3.2. ESTABLECER LA INHABILITACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

De las diversas sentencias que encontramos sobre el artículo 306, es fácil distinguir que en la gran mayoría se puede hallar como procesados a funcionarios públicos: alcaldes, gerentes y subgerentes.

Al respecto, el excongresista Sergio Dávila Vizcarra presentó el Proyecto de Ley 4577/2018-CR, que proponía modificar el artículo 306 del Código Penal y sancionar con pena privativa de libertad a los funcionarios públicos que incumplieran, dentro del ámbito de su competencia y jurisdicción, las normas relativas al manejo de residuos sólidos, estableciendo como pena privativa de la libertad un tiempo no menor de cuatro ni mayor de siete años, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2 del Código Penal.

En cuanto a los funcionarios públicos, se debe hacer hincapié en que sus funciones están comprendidas en el manual de organización y en el reglamento de organización y funciones de los municipios distritales, provinciales o departamentales. No obstante, su posición específica de garante no está determinada en estos manuales o reglamentos. Por ello, se tiene lo siguiente: «la posición de garante estaría referida al ámbito de competencia de los funcionarios municipales respecto de las acciones de otras personas; estas personas [los recolectores de basura, los segregadores] están dentro del ámbito de su influencia funcional» (Expediente 0112-2014-0-0401-JR-PE-0). Asimismo: «En virtud de este elemento exige que los imputados se encuentren en una situación específica concreta, de donde emerge una posición de garante» (Expediente 0112-2014-0-0401-JR-PE-0).

Un funcionario público desarrolla sus actividades laborales teniendo como su principal objetivo el correcto beneficio de los administrados dentro de las entidades estatales. Además, todo empleado público y/o funcionario peruano se ciñe al Código de Ética de la Función Pública, Ley n.º 27815; en consecuencia, de desarrollar esta conducta establecida en el artículo 306 del Código Penal, se le debería inhabilitar, considerando su especial condición y aplicando lo establecido en el artículo 46-A. Circunstancia agravante por condición del sujeto activo, del Código Penal.

Además, en referencia a la condición de funcionarios públicos, se debe tener en consideración la Casación n.º 634-2015 Lima, en la cual se señala en su fundamento de derecho séptimo, que un gerente general de una empresa puede ser considerado funcionario público para los efectos penales. Esto es así porque las funciones de regulación y servicios que desarrolla la empresa pública integran la noción de servicios públicos.

Finalmente, el establecimiento de una sanción de inhabilitación es imperativa, pues quedaría de manifiesto la política del Estado en materia de residuos sólidos, propiciando una sanción efectiva para que los funcionarios sentenciados pierdan su cargo en ejercicio —aunque provengan de elección popular—, suspendiendo el ejercicio de su derecho hasta el término de la pena limitativa o impidiéndoles la obtención de un empleo de carácter público.

## 4. CONCLUSIONES

1. Los botaderos o vertederos deben ser administrados con especial cuidado por las autoridades, ya que son focos contaminantes y pueden generar diversos problemas no solo a los humanos, también a la flora y fauna. Los problemas son diversos: propagación de enfermedades, emisión de gases de efecto invernadero, contaminación de efluentes de agua, degradación de suelos, inadecuada crianza de porcinos, incendios, entre otros.
2. Se debería agregar, como verbo rector «disponga» o «traslade» en el artículo 306 del Código Penal peruano, dado que el verbo «establece» limita a los operadores de justicia a una interpretación literal, respaldándose en el principio de legalidad y considerando equivocadamente que solo deberá sancionarse a quien inicie un botadero, sin considerar que el legislador, en la vaguedad del artículo, no contempló que en la realidad se encuentran diversos botaderos que continúan incrementando su carga de desechos debido a un inadecuado manejo de los residuos.
3. Se debería agregar la figura de inhabilitación, pues en la mayoría de las sentencias se sanciona a funcionarios públicos. Esta sanción los suspendería de sus funciones de cargo público e impediría que accedan a un nuevo cargo de este tipo. Ello permitirá al Estado, enfocado en la gestión de residuos sólidos, fortalecer su política pública para enfrentar el cambio climático.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Bartra Abensur, V. (2002). La protección del medio ambiente y los recursos naturales en la nueva Constitución del Perú. *Revista del Instituto de Investigación de la Facultad de Minas, Metalurgia y Ciencias Geográficas*, 5(10), 9-16. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/iigeo/article/view/754/>
- Caro Coria, D. (1998). Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos. *THEMIS Revista de Derecho*, (37), 195-208. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11705>
- Casación n.º 634-2015 Lima. (28 de junio del 2016). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Expediente n.º 047-2004-AI/TC. (24 de abril del 2006). Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.
- Expediente n.º 1426-2006-PA/TC (12 de setiembre del 2006). Resolución del Tribunal Constitucional.
- Expediente 0112-2014-0-0401-JR-PE-0. (Resolución n.º 08). (2017). Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.
- Hassemer, W. (1984). Fundamentos del derecho penal (trad. y notas F. Muñoz y L. Arroyo). Barcelona: Bosch.

# TRATAMIENTO DEL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE RESIDUOS PELIGROSOS: ARTÍCULO 307 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

Alexander Arnaldo Ala Pérez<sup>47</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. Aspectos generales del delito de tráfico ilegal de residuos peligrosos, 2.1. Descripción legal, 2.2. Alcances conceptuales; 3. Elementos subjetivos y objetivos del tipo penal, 3.1. Sujeto activo, 3.2. Sujeto pasivo, 3.3. Conducta delictiva; 4. El bien jurídico protegido; 5. Objeto material del delito; 6. Incumplimiento de la norma administrativa de carácter ambiental en el tipo penal; 7. Residuos o desechos tóxicos y peligrosos; 8. ¿Cuándo nos encontramos ante un residuo que es peligroso?; 9. Resultado típico y consumación del delito; 10. Conclusiones; 11. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra el medio ambiente tienen como objeto de protección penal —o bien jurídico de protección— la estabilidad del medio ambiente natural. Esto quiere decir que una determinada actividad económica debe desarrollarse bajo criterios de sostenibilidad, es decir, de no afectación al bien jurídico protegido y, consecuentemente, que no ocasione la afectación a diversos componentes del medio ambiente o que no perjudique el desarrollo de las personas. Aparte, los delitos contra el medio ambiente son delitos penales en blanco, esto quiere decir que requieren una norma de remisión para su configuración, pero no cualquier norma, sino aquellas que estrictamente regulen el comportamiento de las personas naturales y jurídicas en el desarrollo de cualquier actividad económica y en el cuidado del medio ambiente: ello permite dimensionar los alcances descriptivos y normativos del tipo y una adecuada subsunción de la conducta al tipo penal. Finalmente, el delito de tráfico ilegal de residuos peligrosos se encuentra en el capítulo de delitos contra el medio ambiente y su desarrollo se orienta, sobre todo, a la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Y como se va a desarrollar en el presente artículo, sostenemos que lo más importante para su comprensión es el desarrollo del tipo penal, de los elementos descriptivos y normativos, e incluso de la consumación de este.

<sup>47</sup> Fiscal adjunto provincial de la Fiscalía de Prevención del Delito con Competencia en Materia Ambiental de Ilo – Moquegua, Abogado por la Universidad José Carlos Mariátegui, egresado de la Maestría con mención en Derecho Constitucional de la misma universidad y estudios de Maestría con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann.

## 2. ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE RESIDUOS PELIGROSOS

### 2.1. DESCRIPCIÓN LEGAL

Según el Código Penal, este delito se describe así:

Artículo 307.- Tráfico ilegal de residuos peligrosos

El que ingrese ilegalmente al territorio nacional, use, emplee, coloque, traslade o disponga sin la debida autorización, residuos o desechos tóxicos y peligrosos para el ambiente, resultantes de un proceso de producción, extracción, transformación, utilización o consumo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años y menor de seis años y con trescientos a cuatrocientos días-multa.

### 2.2. ALCANCES CONCEPTUALES

El delito de tráfico ilegal de residuos peligrosos se encuentra comprendido en los delitos contra el medio ambiente, y su descripción típica se encuentra en el artículo 307 del Código Penal. En estos, se sanciona una serie de conductas relacionadas con el manejo ilegal de residuos o desechos tóxicos y peligrosos, desde su generación o segregación hasta su disposición final. Además, se requiere una norma administrativa accesoria o de remisión para autorizar cualquiera de las conductas descritas, como ingresar ilegalmente al territorio nacional, usar, emplear, colocar, trasladar o disponer. Asimismo, se trata de un delito de peligro abstracto y no se requiere un resultado lesivo para su consumación, lo que se requiere solo es la realización de la conducta prohibida y el quebrantamiento de un deber administrativo ambiental.

Así, cuando se señala que el ingreso ilegítimo al territorio nacional de los residuos tóxicos y peligrosos sin la debida autorización, se da cuenta de la existencia de normas que regulan el ingreso de bienes y mercaderías al territorio nacional, como son las normas aduaneras o la **Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos** (en adelante, LGIRS). Pero, además, el dispositivo penal no solo se agota en un supuesto de ingreso ilegítimo, pues comprende otros supuestos normativos o normas penales, como **«El que (...) use, emplee, coloque, traslade o disponga sin la debida autorización»**. De ese modo, el que use, emplee, coloque o disponga dará cuenta de la existencia de normativa administrativa que autoriza las conductas descritas, siendo la LGIRS y su reglamento, como ya se ha señalado, los que se relacionan con el manejo de residuos sólidos. Aparte, el que traslade se dará cuenta de que existe normativa administrativa para la citada conducta: se tiene el Decreto Supremo n.º 021-2008-MTC, que reglamenta el transporte terrestre de materiales y residuos peligrosos.

Entonces, el tipo penal, al señalar la conducta descrita y agregar la precisión «sin la debida autorización», indica que contiene una remisión a la normatividad administrativa,

conocida en la doctrina como «accesoriedad administrativa», en tanto que exige una previa autorización de una autoridad competente para usar o disponer de los residuos.

También existe otro elemento normativo y valorativo del tipo, lo cual quiere decir que las conductas antes descritas recaen sobre residuos sólidos, pero no de cualquier residuo sólido, sino de aquel **que resulte tóxico y peligroso para el ambiente, resultante de un proceso de producción**. Así, al ser un elemento normativo del tipo, solo requiere la interpretación y valoración sobre la normativa vigente, esto es, normas de instrumentos internacionales —del cual el Estado es parte—, como el Convenio de Basilea; y normas de carácter nacional, como la LGIRS, aprobada por el Decreto Legislativo n.º 1278, y su reglamento, aprobado por el D. S. n.º 014-2017-MINAM. A continuación, se da un alcance de los instrumentos mencionados:

- **Convenio de Basilea.** Es el instrumento que forma parte de nuestro derecho interno desde el 5 de mayo de 1992. En este convenio, se regula el control transfronterizo de los desechos peligrosos y su eliminación. El objetivo principal de este control es proteger la salud de las personas y el medio ambiente frente a los efectos adversos que puedan resultar de los movimientos transfronterizos y gestión de los residuos sólidos peligrosos. Así se precisa en el Anexo I y en el Anexo III del citado convenio, que contienen la lista de los desechos que resultan ser peligrosos y las características de peligrosidad de los residuos peligrosos.
- **Decreto Legislativo n.º 1278, que aprueba la LGIRS.** Es el instrumento que tiene como objetivo establecer derechos, obligaciones, atribuciones y responsabilidades de la sociedad en su conjunto, con la finalidad de propender hacia la maximización constante de la eficiencia en el uso de los materiales y de asegurar una gestión y un manejo de los residuos sólidos económica, sanitaria y ambientalmente adecuados, con sujeción a las obligaciones, principios y lineamientos de este Decreto Legislativo.
- **Decreto Supremo n.º 014-2017-MINAM - Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos.** Este instrumento tiene como objeto reglamentar la LGIRS y «asegurar la maximización constante de la eficiencia en el uso de materiales, y regular la gestión y manejo de residuos sólidos en la fuente», así como, «la adecuada disposición final de los mismos y la sostenibilidad de los servicios de limpieza pública», precisando en el Anexo III, la lista de residuos peligrosos, y en el Anexo IV, la lista de características peligrosas.

Sobre lo señalado en el párrafo anterior, recogemos la postura de García Cavero (2015) al sostener:

Es importante determinar el sentido de las diversas conductas mencionadas en el contexto de la gestión de residuos sólidos, pues solamente de esa manera se podrá dimensionar adecuadamente el ámbito de protección del Art. 307 del CP (...) las diversas acciones típicas tienen un mismo objeto material del delito: Residuos o desechos tóxicos o peligrosos resultantes de un proceso de producción. (El énfasis es nuestro), (p. 914)

Por consiguiente, y en referencia a la expresión «residuo tóxico y peligroso», se debe tener presente la normativa antes descrita.

### 3. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL TIPO PENAL

#### 3.1. SUJETO ACTIVO

Para García Caverro (2015, p. 914), el tipo penal no limita el círculo de los posibles autores, porque es un delito común que puede ser cometido por cualquier persona: el sujeto activo. La posibilidad de una codelinuencia no se halla descartada, siendo aplicables en dicho caso las reglas de la autoría y la participación.

Lo mencionado no genera ninguna dificultad en la atribución de la responsabilidad penal si el sujeto activo es una persona natural; sin embargo, si el hecho o conducta delictiva es desarrollada por una persona jurídica, la atribución de la responsabilidad es compleja. En tal sentido, el análisis en este punto debe ser más extensivo. Para ello, se recoge el planteamiento funcionalista avanzado de Villa Stein (2009), quien sostiene:

El funcionalismo avanzado, en cambio, lo representa en Alemania el profesor de Bonn Günther Jakobs, y sus fuentes epistémicas inspiradoras las encuentra en la sociología estructural funcionalista americana (Talcott Parsons, Robert Merton) y la alemana (con Niklas Luhmann), es decir, todo lo concerniente a la teoría de los roles y a la teoría de los sistemas de la sociedad moderna en permanente proceso de diferenciación segmentaria, estatificatoria y funcional. (p. 28)

En esa línea de ideas, el comportamiento de la persona jurídica se erige de los órganos de gobierno de esta y de los que ostentan tal dirección en apego a los estatutos y las funciones que cumplen (dominio social); de esta manera, para la atribución de la responsabilidad penal, utilizar las reglas establecidas en el Artículo 27 del Código Penal (el instituto jurídico del actuar por otro), y en el Artículo 314-A del Código Penal (Responsabilidad de los representantes legales de la persona jurídica).

#### 3.2. SUJETO PASIVO

En cuanto al sujeto pasivo, el tipo penal no individualiza a uno específico; por ello, también en relación con este delito ambiental, se puede decir que es la colectividad, entendida como la población que se desarrolla en el medio ambiente natural, puesta en peligro por el tráfico de residuos tóxicos y peligrosos.

#### 3.3. CONDUCTA DELICTIVA

El tipo penal establece diversas conductas; sin embargo, la realización del delito se produce con cualquiera de ellas. Las conductas son las siguientes: ingresar al territorio nacional, usar, emplear, colocar, trasladar o disponer residuos o desechos tóxicos o peligrosos



para el ambiente; se debe resaltar que el contexto del desarrollo de las conductas está referido a la gestión y manejo de los residuos o desechos tóxicos y peligrosos para una adecuada subsunción típica del delito. Asimismo, existe un elemento normativo en el desarrollo del tipo que señala que estas conductas deben ser desarrolladas sin contar con la debida autorización administrativa de la autoridad competente. Por el contrario, si las conductas antes descritas se desarrollan con la debida autorización, el autor de las conductas descritas no será pasible de sanción penal.

García Cavero (2015, p. 915) señala que la primera conducta típica prevista **es el ingreso al territorio nacional de residuos o desechos tóxicos o peligrosos**, precisando el tipo penal que dicho ingreso debe ser ilegal. Al respecto, para complementar la descripción de la conducta en mención, el numeral 11 del artículo 2 del Convenio de Basilea define Estado importador como:

Toda parte hacia la cual se proyecte efectuar o se efectúe un movimiento transfronterizo de desechos peligrosos o de otros desechos con el propósito de eliminarlos en él o de proceder a su carga para su eliminación en una zona no sometida a la jurisdicción nacional de ningún Estado.

En concordancia, el artículo 77 del Reglamento de la LGIRS señala: «El ingreso, tránsito y salida de residuos sólidos del territorio nacional se rige por lo dispuesto en la legislación vigente sobre la materia (...), se entiende por importación a todo ingreso de residuo sólidos del exterior en el territorio nacional» (el énfasis es nuestro). En consonancia con esto, el artículo 49 de la Ley General de Aduanas (D. L. n.º 1053) define como importación «el ingreso de mercancías al territorio aduanero para su consumo»; en ese contexto, la conducta típica en mención y la normativa relacionada se refieren a la introducción de residuos peligrosos al territorio nacional.

Otras conductas típicas de **usar y emplear** el residuo sólido tóxico o peligrosos tienen un claro parentesco, en la medida que ambas implican el reaprovechamiento de los residuos sólidos generados. Así, si bien el tipo penal lo prohíbe, la norma administrativa o de remisión puede establecer que estos se realicen conforme a determinados parámetros de seguridad ambiental. Mientras **el uso** se refiere al aprovechamiento de alguna calidad del producto, el **empleo** alude a una utilización en relación con otros productos. Al respecto, se puede decir que el uso o empleo de los residuos peligrosos del delito en comento se realizará cuando el generador del residuo peligroso u otra persona lo usen o empleen sin haberlo tratado previamente de forma autorizada por la autoridad administrativa ambiental. La conducta típica de **colocar** los residuos tóxicos y peligrosos está referida a colocar en un lugar distinto, contrario al manejo ambiental que corresponde.

## 4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Compartimos lo señalado por Lamadrid Ubillus (2011) respecto al bien jurídico protegido, pues consideramos que este es la estabilidad del ecosistema y/o del medio ambiente, a lo que agregamos que este es un bien jurídico colectivo y pluriofensivo, toda vez que se afectará no solamente a la persona —quien, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, tiene el derecho de vivir en un ambiente estable o



adecuado—, sino también a otros componentes del medio ambiente, como el aire, el suelo y el agua.

## 5. OBJETO MATERIAL DEL DELITO

El objeto material de la conducta son los **residuos tóxicos y peligrosos**. La LGIRS y su reglamento definen a estos como aquellos que, por sus características o el manejo al que son o van a ser sometidos, representan un riesgo significativo para la salud o el ambiente.

## 6. INCUMPLIMIENTO DE LA NORMA ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER AMBIENTAL EN EL TIPO PENAL

Como se ha señalado en líneas anteriores, para la realización de las conductas descriptivas del tipo penal, se requiere, además, la remisión a la norma administrativa en relación con el tratamiento o disposición final de los residuos sólidos tóxicos y peligrosos.

Ahora bien, la norma de remisión a partir de la cual se van a desarrollar ampliamente las obligaciones de carácter ambiental para el manejo integral de residuos sólidos es la Ley General de Residuos Sólidos, Ley n.º 1278, y su reglamento aprobado por el D. S. n.º 014-2017-MINAM.

Así, por ejemplo, el artículo 55 de la LGIRS<sup>48</sup> precisa, para el manejo de los residuos sólidos no municipales, lo siguiente:

El generador, operador y cualquier persona que intervenga en el manejo de residuos (...) es responsable del manejo seguro, sanitario y ambientalmente adecuado (...).

«(...) el generador, empresa prestadora de servicio, operador y cualquier persona que intervenga en el manejo de los residuos es responsable del daño ambiental que se genere y está obligado a adoptar las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación, están obligados a segregar y manejar selectivamente sus residuos generados caracterizándose conforme a criterios técnicos apropiados a la naturaleza de cada tipo de residuo, diferenciando los peligrosos, de los no peligrosos, entre otros, sobre las operaciones que conlleva el manejo de residuos debe ser autorizado por el MINAM, conforme a las normas técnicas que emita dicho sector.

48 Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, aprobada por D. L. n.º 1278.

De igual manera, el Reglamento de la LGIRS establece en sus artículos 48, 75 y 79, las **obligaciones del generador de residuos sólidos no municipales**, como el manejo y disposición final de estos mediante empresas operadoras de residuos sólidos (EO-RS), la comercialización de residuos que debe ser efectuada por el generador y las EO-RS.

Asimismo, se precisa que la autorización de importación, tránsito y exportación de residuos sólidos es realizada por los generadores no municipales y las EO-RS registradas y autorizadas por el Ministerio del Ambiente (Minam).

Somos de la opinión de que para el manejo de residuos sólidos no municipales, específicamente los residuos peligrosos, el generador debe cumplir con las obligaciones ambientales para su manejo, tratamiento y disposición final, debiendo ser esta de manera adecuada y cumpliendo con las exigencias señaladas en la normativa antes expuesta. Asimismo, debe contar con la autorización emitida por la autoridad competente para cualquiera de las actividades en mención, tanto para el tratamiento, reutilización, transformación, transporte, selección, uso del residuo o incluso disposición final; así como para el lugar donde operará: si es una infraestructura adecuada autorizada y cuenta con los instrumentos de gestión ambiental correspondientes y con medidas de mitigación para minimizar riesgos o posible afectación al medio ambiente y sus componentes.

Aparte, acerca de otras formas de manejo de residuos sólidos no municipales o peligrosos, la **disposición o la comercialización, importación o exportación** deben realizarse mediante las EO-RS inscritas o autorizadas para operar con esos fines, con sujeción, de ser el caso, a otro tipo de autorizaciones emitidas por la autoridad municipal, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones o Aduanas, autoridad competente para la actividad que se realizará en el manejo de residuos sólidos no municipales.

Para concluir, en este punto, el tipo penal precisa que el generador o el responsable para el manejo de residuo sólido no municipal **debe contar con la autorización** emitida por la autoridad competente Minam (registro) y con las autorizaciones respecto a la actividad que va a realizar, otorgadas por otras autoridades administrativas competentes; *a contrario sensu*, nos encontraríamos ante la configuración del tipo penal comentado.

## 7. RESIDUOS O DESECHOS TÓXICOS Y PELIGROSOS

Como se ha señalado, el tipo penal establece que la conducta descrita en este debe recaer en residuos sólidos peligrosos resultantes de un proceso de producción. Al respecto, como hemos sostenido, este término es un elemento normativo o valorativo; esto quiere decir que por ser un elemento normativo del tipo, solo requiere interpretación y valoración, para lo cual se debe recurrir a la normativa vigente. En cuanto a los residuos peligrosos, se puede leer en el anexo III del Reglamento de la LGIRS el listado de los residuos peligrosos, los que deben contener aleaciones de metales como arsénico, plomo, cadmio, antimonio, entre otros. Además, no basta que solo cuenten con los metales mencionados, deben reunir ciertas características, las que se desarrollan en el anexo IV del Reglamento de la LGIRS y entre las que se

mencionan explosivos, líquidos y sólidos inflamables, de combustión espontánea, que emitan gases inflamables, oxidantes, tóxicos, corrosivos, ecotóxicos, entre otros.

## **8. ¿CUÁNDO NOS ENCONTRAMOS ANTE UN RESIDUO QUE ES PELIGROSO?**

Los anexos III y IV del Reglamento de la LGIRS contienen la lista de los residuos peligrosos y sus características. Para saber si un residuo es peligroso, una vez identificado este, debe ser sometido a diversos análisis con el fin de establecer su contenido y/o composición química. Sobre la base de la lectura de los resultados de estos análisis, se determinará si las concentraciones de la composición química de este residuo coinciden con las características señaladas en el Anexo IV: tóxico, corrosivo, infeccioso, ecotóxico, entre otras.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 149, inciso 1, de la Ley General de Medio Ambiente, Ley n.º 28611, reglamentada por el D. S. n.º 007-2017-MINAM, se debe obtener el informe fundamentado correspondiente. Para ello, se identifica cuál es la entidad fiscalizadora ambiental responsable de su emisión. Así, conforme con el artículo 4 del citado decreto supremo, el informe debe contener, sobre todo, lo siguiente: a) los antecedentes de la materia de investigación; b) la base legal aplicable para el caso analizado; c) la competencia de la autoridad; d) la identificación de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados involucrados en la investigación penal, que se encuentren contenidas en leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental y otras fuentes, y que resulten aplicables a los hechos descritos por el Ministerio Público; f) la información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas por la entidad; y g) las conclusiones. Sobre este punto, considero que lo más resaltante es establecer las obligaciones ambientales que se infringieron según los hechos imputados en una investigación penal.

Ambos instrumentos nos llevarán a determinar que las obligaciones ambientales infringidas por el agente han generado, para el delito comentado, una actividad riesgosa que afecta al bien jurídico protegido, esto es, la estabilidad del ecosistema y/o del medio ambiente.

## **9. RESULTADO TÍPICO Y CONSUMACIÓN DEL DELITO**

Como se ha sostenido en las líneas precedentes, para el resultado típico, solo se requiere la puesta en peligro del medio ambiente por el objeto material de delito (residuo peligroso); entonces, se trata de un delito de peligro abstracto, pues para la consumación del delito no se requiere de un resultado lesivo. La realización del injusto requiere, por ende, tan solo la realización de la acción prohibida, la que en el delito en comento es el quebrantamiento de un deber administrativo ambiental.

## 10. CONCLUSIÓN

1. Se puede concluir que el tratamiento del delito de tráfico ilegal de residuos sólidos es un tipo penal en blanco y requiere la remisión de normativa extrapenal de carácter ambiental de acuerdo con la identificación del residuo sólido (peligroso o no), su característica y las obligaciones ambientales sobre el manejo de los residuos sólidos, para establecer de esta manera si nos encontramos ante la configuración del tipo penal. Se precisa que en la norma extrapenal descansarán las obligaciones ambientales (manejo de residuos y autorizaciones) y, de igual forma, el elemento valorativo para determinar cuándo nos encontramos ante un residuo peligroso.
2. En ese contexto, la LGIRS y su Reglamento constituyen las normas administrativas de remisión para establecer las obligaciones ambientales del agente en cuanto al manejo del residuo peligroso, y sus anexos son la guía para delimitar cuándo nos encontramos ante un residuo peligroso según su composición química y sus características. Cabe agregar que existen otras normas de remisión, según sea el caso, para las conductas descritas en el tipo penal, como el «Reglamento de transporte terrestre de materiales y residuos peligrosos».

## 11. BIBLIOGRAFÍA

- Basel Convention. (2011). *basel.int* . Obtenido de [www.basel.int](http://www.basel.int)
- García Caveró, P. (2015). *Derecho penal económico. Parte especial* (vol. II). Peru: Instituto Pacífico.
- Decreto Legislativo n.º 1278, Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos. (24 de abril del 2017).
- Decreto Supremo n.º 014-2017-MINAM. Aprueban Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1278, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos. (20 de diciembre del 2017).
- Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM. Reglamento del Numeral 149.1 de la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente. (4 de setiembre del 2017).
- Lamadrid Ubillus, A. (2011). *El derecho penal ambiental en el Perú. ¿Realidad concreta o simbolismo práctico?* Lima: Grijley.
- Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente. (13 de octubre del 2005).
- Villa Stein, J. (2009). El funcionalismo en el derecho penal peruano. Apreciaciones, teorías y práctica. *Revista Oficial del Poder Judicial*, (5), 23-42.

## ANEXO

# REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE RESIDUOS SÓLIDOS DECRETO SUPREMO 014-2017-MINAM

## ANEXO III. RESIDUOS PELIGROSOS

### LISTA A: RESIDUOS PELIGROSOS

Los residuos enumerados en este Anexo están definidos como peligrosos de conformidad con la Resolución Legislativa N° 26234, Convenio de Basilea, y su inclusión en este Anexo no obsta para que se use el Anexo IV para demostrar que un residuo no es peligroso.

#### A 1 RESIDUOS METÁLICOS O QUE CONTENGAN METALES

**A 1010** Residuos metálicos y residuos que contengan aleaciones de cualquiera de las sustancias siguientes:

- i. Antimonio
- ii. Arsénico
- iii. Berilio
- iv. Cadmio
- v. Plomo
- vi. Mercurio
- vii. Selenio
- viii. Telurio
- ix. Talio

Son excluidos los residuos que figuran específicamente en el Anexo v del Reglamento.

**A 1020** Residuos que tengan como constituyentes o contaminantes, excluidos los residuos de metal en forma masiva, cualquiera de las sustancias siguientes:

- i. Antimonio; compuestos de antimonio
- ii. Berilio; compuestos de berilio
- iii. Cadmio; compuestos de cadmio
- iv. Plomo; compuestos de plomo
- v. Selenio; compuestos de selenio
- vi. Telurio; compuestos de telurio

**A1030** Residuos que tengan como constituyentes o contaminantes cualquiera de las sustancias siguientes:

- i. Arsénico; compuestos de arsénico
- ii. Mercurio; compuestos de mercurio
- iii. Talio; compuestos de talio

**A 1040** Residuos que tengan como constituyentes:

- i. Carbonilos de metal
- ii. Compuestos de cromo hexavalente

**A1050** Lodos galvánicos.

**A1060** Líquidos de desecho del decapaje de metales.

**A1070** Residuos de lixiviación del tratamiento del zinc, polvos y lodos como jarosita, hematites, etc.

**A1080** Residuos de desechos de zinc no incluidos en el Anexo V, que contengan plomo y cadmio en concentraciones tales que presenten características del Anexo IV lista de características peligrosas.

**A1090** Cenizas de la incineración de cables de cobre recubiertos.

**A1100** Polvos y residuos de los sistemas de depuración de gases de las fundiciones de cobre.

**A1110** Soluciones electrolíticas usadas en las operaciones de refinación y extracción electrolítica del cobre.

**A1120** Lodos residuales, excluidos los fangos anódicos, de los sistemas de depuración electrolítica de las operaciones de refinación y extracción electrolítica del cobre.

**A1130** Soluciones de ácidos para grabar usadas que contengan cobre disuelto.

**A1140** Residuos de catalizadores de cloruro cúprico y cianuro de cobre.

**A1150** Cenizas de metales preciosos procedentes de la incineración de circuitos impresos no incluidos en el Anexo V1.

**A1160** Acumuladores de plomo de desecho, entero o triturado.

**A1170** Acumuladores de residuos sin seleccionar excluidas mezclas de acumuladores solo de la lista B del Anexo V. Los acumuladores de residuos no incluidos en la lista B que contengan constituyentes del Anexo I del Convenio de Basilea, en tal grado que los conviertan en peligrosos.

**A1180** Residuos de Montajes eléctricos y electrónicos o restos de éstos 2 que contengan componentes como acumuladores y otras baterías incluidas en la lista A, interruptores de mercurio, vidrios de tubos de rayos catódicos y otros vidrios activados y capacitadores de PCB, o contaminados con constituyentes del Anexo I (por ejemplo, Cadmio, Mercurio, Plomo, Bifenilo Policlorado) en tal grado que posean alguna de las características del Anexo IV Lista de Características Peligrosas (véase la entrada correspondiente en la lista B B1110).

**A1190** Residuos de cables de metal recubiertos o aislados con plástico que contienen alquitrán de carbón, PBC4 (presentes a una concentración igual o superior a 50 mg/kg).

## **A2 RESIDUOS QUE CONTENGAN PRINCIPALMENTE CONSTITUYENTES INORGÁNICOS, QUE PUEDAN CONTENER METALES O MATERIA ORGÁNICA**

**A2010** Residuos de vidrio de tubos de rayos catódicos y otros vidrios activados. A2020 Residuos de compuestos inorgánicos de flúor en forma de líquidos o lodos, pero excluidos los residuos de ese tipo especificados en el Anexo V. A2030 Residuos de catalizadores, pero excluidos los residuos de este tipo especificados en el Anexo V.

**A2040** Residuos de yeso procedente de procesos de la industria química, si contiene constituyentes del Anexo I del Convenio de Basilea en tal grado que presenten una característica peligrosa del Anexo IV lista de características peligrosas (véase la entrada correspondiente en la lista B B2050).

**A2050** Residuos de amianto (polvo y fibras).

**A2060** Cenizas volantes de centrales eléctricas de carbón que contengan sustancias del Anexo I del Convenio de Basilea en concentraciones tales que presenten características del Anexo IV lista de características peligrosas (véase la entrada correspondiente en la lista B B2050).

## **A3 RESIDUOS QUE CONTENGAN PRINCIPALMENTE CONSTITUYENTES ORGÁNICOS, QUE PUEDAN CONTENER METALES Y MATERIA INORGÁNICA**

**A3010** Residuos resultantes de la producción o el tratamiento de coque de petróleo y asfalto.

**A3020** Residuos de aceites minerales no aptos para el uso al que estaban destinados.

**A3030** Residuos que contengan, estén integrados o estén contaminados por lodos de compuestos antidetonantes con plomo.

**A3040** Residuos de líquidos térmicos (transferencia de calor).

**A3050** Residuos resultantes de la producción, preparación y utilización de resinas, látex, plastificantes o colas/adhesivos excepto los residuos especificados en la lista B del Anexo V (véase el apartado correspondiente en la lista B B4020).

**A3060** Residuos de nitrocelulosa.

**A3070** Residuo de fenoles, compuestos fenólicos, incluido el clorofenol en forma de líquido o de lodo.

**A3080** Residuos de éteres excepto los especificados en el Anexo V del reglamento.

**A3090** Residuos de cuero en forma de polvo, cenizas, lodos y harinas que contengan compuestos de cromo hexavalente o biocidas (véase el apartado correspondiente en la lista B B3100).

**A3100** Raeduras y otros residuos del cuero o de cuero regenerado que no sirvan para la fabricación de artículos de cuero, que contengan compuestos de cromo hexavalente o biocidas (véase el apartado correspondiente en la lista B B3090).

**A3110** Residuos del curtido de pieles que contengan compuestos de cromo hexavalente o biocidas o sustancias infecciosas. (Véase el apartado correspondiente en la lista B B3110).

**A3120** Pelusas - fragmentos ligeros resultantes del desmenuzamiento.

**A3130** Residuos de compuestos de fósforo orgánicos.

**A3140** Residuos de disolventes orgánicos no halogenados, pero con exclusión de los residuos especificados en el Anexo V del Reglamento.

**A3150** Residuos de disolventes orgánicos halogenados.

**A3160** Residuos resultantes de desechos no acuosos de destilación halogenados o no halogenados derivados de operaciones de recuperación de disolventes orgánicos.

**A3170** Residuos resultantes de la producción de hidrocarburos halogenados alifáticos (tales como el clorometano, dicloroetano, cloruro de vinilo, cloruro de alilo, epicloridrina).

**A3180** Residuos, sustancias y artículos que contienen, consisten o están contaminados con bifenilo policlorado (PCB), terfenilo policlorado (PCT), naftaleno policlorado (PCN) o bifenilo polibromado (PBB), o cualquier otro compuesto polibromado análogo, con una concentración de igual o superior a 50 mg/kg<sup>5</sup>.

**A3190** Residuos de desechos alquitranados (con exclusión de los cementos asfálticos) resultantes de la refinación, destilación o cualquier otro tratamiento pirolítico de materiales orgánicos. A3200 Material bituminoso (residuos de asfalto) con contenido de alquitrán resultantes de la construcción y el mantenimiento de carreteras (obsérvese el artículo correspondiente B2130 de la lista B Anexo V).



## A4 RESIDUOS QUE PUEDEN CONTENER CONSTITUYENTES INORGÁNICOS U ORGÁNICOS

**A4010** Residuos resultantes de la producción, preparación y utilización de productos farmacéuticos, pero con exclusión de los residuos especificados en el Anexo V del Reglamento.

**A4020** Residuos clínicos y afines; es decir residuos resultantes de prácticas médicas, de enfermería, dentales, veterinaria o actividades similares, y residuos generados en hospitales u otras instalaciones durante actividades de investigación o el tratamiento de pacientes, o de proyecto de investigación.

**A4030** Residuos resultantes de la producción, la preparación y la utilización de biocidas y productos fitofarmacéuticos, con inclusión de residuos de plaguicidas y herbicidas que no respondan a las especificaciones, caducados, o no aptos para el uso previsto originalmente.

**A4040** Residuos resultantes de la fabricación, preparación y utilización de productos químicos para la preservación de la madera.

**A4050** Residuos que contienen, consisten o están contaminados con algunos de los productos siguientes:

- i. Cianuros inorgánicos, con excepción de los residuos que contienen metales preciosos, en forma sólida, con trazas de cianuros inorgánicos
- ii. Cianuros orgánicos

**A4060** Residuos de mezclas y emulsiones de aceite y agua o de hidrocarburos y agua.

**A4070** Residuos resultantes de la producción, preparación y utilización de tintas, colorantes, pigmentos, pinturas, lacas o barnices, con exclusión de los residuos especificados en el Anexo V del Reglamento (véase el apartado correspondiente de la lista B B4010).

**A4080** Residuos de carácter explosivo (pero con exclusión de los residuos especificados en el Anexo V del Reglamento).

**A4090** Residuos de soluciones ácidas o básicas, distintas de las especificadas en el apartado correspondiente del Anexo V del Reglamento (véase el apartado correspondiente de la lista B B2120).

**A4100** Residuos resultantes de la utilización de dispositivos de control de la contaminación industrial para la depuración de los gases industriales, pero con exclusión de los residuos especificados en el Anexo V del Reglamento.

**A4110** Residuos que contienen, consisten o están contaminados con algunos de los productos siguientes:

- i. Cualquier sustancia del grupo de los dibenzofuranos policlorados
- ii. Cualquier sustancia del grupo de las dibenzodioxinas policloradas

**A4120** Residuos que contienen, consisten o están contaminados con peróxidos.

**A4130** Envases y contenedores de residuos que contienen sustancias incluidas en el Anexo I del Convenio de Basilea, en concentraciones suficientes como para mostrar las características peligrosas del Anexo IV lista de características peligrosas.

**A4140** Residuos consistentes o que contienen productos químicos que no responden a las especificaciones o caducados, según a las categorías del Anexo I del Convenio de Basilea, y a las características de peligrosidad señalada en el Anexo IV lista de características peligrosas.

**A4150** Residuos contaminados con sustancias químicas nuevas o no identificadas, resultantes de investigación o de actividades de enseñanza, cuyos efectos en el ser humano o el medio ambiente no se conozcan.

**A4160** Carbón activado consumido no incluido en el Anexo V del Reglamento (Véase el correspondiente apartado de la lista B B2060).

A su vez, el reglamento precisa que el residuo peligroso además debe cumplir con características propias, como las citadas en el anexo siguiente.

## ANEXO IV. LISTA DE CARACTERÍSTICAS PELIGROSAS

**Explosivos:** Por sustancia o residuo explosivo se entiende toda sustancia o residuo sólido o líquido (o mezcla de sustancias o residuos) que por sí misma es capaz, mediante reacción química, de emitir un gas a una temperatura, presión y velocidad tales que puedan ocasionar daño a la zona circundante.

**Líquidos inflamables:** Por líquidos inflamables se entiende aquellos líquidos, o mezclas de líquidos, o líquidos con sólidos en solución o suspensión (por ejemplo, pinturas, barnices, lacas, etc. pero sin incluir sustancias o desechos clasificados de otra manera debido a sus características peligrosas) que emiten vapores inflamables a temperaturas no mayores de 60.5°C, en ensayos con cubeta cerrada, o no más de 65.6°C, en ensayos con cubeta abierta. (Como los resultados de los ensayos con cubeta abierta y con cubeta cerrada no son estrictamente comparables, e incluso los resultados obtenidos mediante un mismo ensayo a menudo difieren entre sí, la reglamentación que se apartara de las cifras antes mencionadas para tener en cuenta tales diferencias sería compatible con el espíritu de esta definición.)

**Sólidos inflamables:** Se trata de los sólidos, o residuos sólidos, distintos a los clasificados como explosivos, que en las condiciones prevalecientes durante el transporte son fácilmente combustibles o pueden causar un incendio o contribuir al mismo, debido a la fricción.

**Sustancias o residuos susceptibles de combustión espontánea:** Se trata de sustancias o residuos susceptibles de calentamiento espontáneo en las condiciones normales del transporte, o de calentamiento en contacto con el aire, y que pueden entonces encenderse.

**Sustancias o desechos que, en contacto con el agua, emiten gases inflamables:**

Sustancias o residuos que, por reacción con el agua, son susceptibles de inflamación espontánea o de emisión de gases inflamables en cantidades peligrosas.

**Oxidantes:** Sustancias o residuos que, sin ser necesariamente combustibles, pueden, en general, al ceder oxígeno, causar o favorecer la combustión de otros materiales.

**Peróxidos orgánicos:** Las sustancias o los residuos orgánicos que contienen la estructura bivalente -o-o- son sustancias inestables térmicamente que pueden sufrir una descomposición autoacelerada exotérmica.

**Tóxicos (venenos) agudos:** Sustancias o residuos que pueden causar la muerte o lesiones graves o daños a la salud humana, si se ingieren o inhalan o entran en contacto con la piel.

**Sustancias infecciosas:** Sustancias o residuos que contienen microorganismos viables o sus toxinas, agentes conocidos o supuestos de enfermedades en los animales o en el hombre.

**Corrosivos:** Sustancias o residuos que, por acción química, causan daños graves en los tejidos vivos que tocan, o que, en caso de fuga, pueden dañar gravemente, o hasta destruir, otras mercaderías o los medios de transporte; o pueden también provocar otros peligros.

**Liberación de gases tóxicos en contacto con el aire o el agua:** Sustancias o residuos que, por reacción con el aire o el agua, pueden emitir gases tóxicos en cantidades peligrosas.

**Sustancias tóxicas (con efectos retardados o crónicos):** Sustancias o residuos que, de ser aspirados o ingeridos, o de penetrar en la piel, pueden entrañar efectos retardados o crónicos, incluso la carcinogénesis.

**Ecotóxicos:** Sustancias o residuos que, si se liberan, tienen o pueden tener efectos adversos inmediatos o retardados en el medio ambiente, debido a la bioacumulación o los efectos tóxicos en los sistemas bióticos. Sustancias que pueden, por algún medio, después de su eliminación, dar origen a otra sustancia, por ejemplo, un producto de lixiviación, que posee alguna de las características arriba expuestas.

# EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Paul Cristian Alarcón Soto<sup>49</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. Antecedentes, 3. Tipificación de la minería ilegal, 4. Bien jurídico protegido, 5. La minería ilegal, 6. Elementos objetivos del tipo, 7. Elementos subjetivos del tipo, 8. Consumación, 9. Formalización minera, 10. Conclusiones, 11. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho es un sistema de normas que regulan los comportamientos humanos con la finalidad de garantizar la convivencia armónica del hombre y paz social en justicia. En el ámbito del derecho penal, se busca proteger bienes jurídicos que constituyen presupuestos indispensables para el desarrollo de la persona. Por ello, durante las últimas décadas, el ser humano, con el fin de cumplir tal propósito, asoma su preocupación a frenar la incesante contaminación ambiental provocada por actividades mineras no autorizadas, mediante la expedición de un paquete normativo de connotación penal, destinado a combatir tales conductas. Esto lo hace debido a la apremiante necesidad de protección del ambiente y sus componentes, la calidad ambiental, la salud ambiental y —por qué no postular— la de garantizar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en las actividades mineras, por tratarse de recursos valiosos que proveen beneficios económicos sociales, culturales, ambientales y tecnológicos al hombre. Además, porque la experiencia demuestra que la regulación extrapenal no ha sido suficiente para lidiar con dicha problemática; por ello, debido a la pluriofensividad de tales conductas, se apuesta por una política criminal de tipificación de la minería ilegal en el Código Penal peruano.

## 2. ANTECEDENTES

El hombre, desde que apareció sobre la faz de la Tierra, ha tenido relación directa con esta, lo que se ha manifestado en el aprovechamiento de los recursos naturales. En un primer momento, fue recolector de frutos silvestres y llevaba una vida nómada

<sup>49</sup> Fiscal adjunto provincial de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Lima y Lima Sur; con estudios de pregrado en la Universidad Nacional de Huancavelica; estudios de posgrado en la Universidad Nacional de Huancavelica; Maestría con Mención en Derecho Penal; Estudios de Posgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Maestría con Mención en Derecho Procesal. Cursos Especializados en Minería Ilegal e Informal, Minería y Tala Ilegal; Tráfico de Fauna Silvestre y Legislación Forestal y de Fauna Silvestre.

o errante. En un segundo momento, se convirtió en sedentario, teniendo un vínculo más estrecho con el suelo mediante el aprovechamiento de los recursos naturales, lo cual marcó la aparición de la agricultura y la ganadería (Baldeón Ríos, 2016, p. 119). Sin embargo, este aprovechamiento de los recursos no debe hacerse de forma desmedida, tanto que pudiera implicar la depredación de todo cuanto hay en su entorno, debido a que se corre el riesgo de provocar la extinción total del recurso, y podría excluirse a las generaciones futuras de tal aprovechamiento.

La minería aparece no como la entendemos actualmente, como actividad extractiva y transformativa, sino vinculada a la cacería y la agricultura debido a la utilización de flechas y demás instrumentos con puntas de sílice y ónix (Baldeón Ríos, 2016, p. 119).

En el Imperio incaico, se rendía culto y adoración a la Pachamama, o madre tierra, debido a que proporcionaba los recursos necesarios para el sostenimiento del Imperio, en alimentos y minerales. El inca, considerado el máximo soberano de las tierras, diseñaba la forma de trabajo para la explotación de los recursos, adoptando un sistema laboral colectivo en *ayllus*, no habiendo lugar a la existencia de propiedad privada.

En los albores de la República, la minería fue, y continúa siendo, generadora del progreso de los pueblos del Perú. Basta citar Cerro de Pasco y la construcción de vías de comunicación para la explotación de los yacimientos minerales en forma intensa (Baldeón Ríos, 2016, p. 120). Por lo expuesto, el Estado es el primer promotor de la minería en el país, pues genera importantes ganancias económicas.

La actividad minera en el Perú ha experimentado durante los últimos años un auge expectante, producto de la alta cotización de los minerales en el mercado internacional; en tal virtud, se podría decir que el crecimiento económico del país obedece principalmente a las divisas que esta actividad económica genera en nuestra patria (Peña Cabrera, 2017, p. 246). Entiéndase que hacemos referencia a la actividad minera responsable, es decir, la que cuenta con las debidas autorizaciones y asume sus compromisos ambientales, no solo de proteger, sino también de remediar el ambiente.

### 3. TIPIFICACIÓN DE LA MINERÍA ILEGAL

El Título XIII del Código Penal peruano regula los delitos ambientales. El primer capítulo lo destina a los delitos de contaminación, entre los cuales se tipifica el delito de minería ilegal. Antes de que se regulara el delito de minería ilegal en el Perú, quienes realizaban actividades mineras dañando gravemente el ambiente respondían por el delito de contaminación del ambiente, previsto en el artículo 304 del Código Penal; por ello, «anteriormente había procesados por cometer delitos ambientales en el marco del Título XIII del Código Penal, pero no por realizar minería o extraer recursos de manera ilegal» (Ipenza Peralta, 2013, p. 100).

En tal sentido, el Decreto Legislativo n.º 1102, de fecha 28 de febrero del 2012, por primera vez en el Perú, incorpora el delito de minería ilegal en el artículo 307-A del Código Penal, estableciendo concretamente los comportamientos delictivos que, al margen de contravenir normas administrativas, pueden sancionarse penalmente en caso causen perjuicio, alteren o dañen el ambiente o algunos de sus componentes,

la calidad ambiental o la salud ambiental. Además, se establecieron agravantes cuando se afectaran bienes jurídicos valiosos, como, por ejemplo, cuando el agente, al desplegar su actuar delictivo, lo realiza en zonas no permitidas para esta actividad; en áreas naturales protegidas o tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas; utiliza dragas, artefactos u otros instrumentos similares; emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, salud o patrimonio de las personas; afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano; el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público, o para su comisión, emplea menores de edad o personas inimputables. Estos tópicos fueron contemplados debido a que la minería ilegal es un delito pluriofensivo, en el que también pueden coexistir delitos de trata de personas, lavado de activos, corrupción de funcionarios, falsificación de documentos, crimen organizado, entre otros.

## 4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El tipo penal de minería ilegal se encuentra ubicado en el Capítulo I del Título XIII del Código Penal, referente a los delitos de contaminación del ambiente; al respecto, podemos considerar que el bien jurídico tutelado sería la protección del ambiente o sus componentes, la calidad o la salud ambientales.

Siendo así, se advierte lo siguiente: «El bien jurídico penalmente protegido en el tipo penal de minería ilegal es el medio ambiente, el correcto equilibrio del medio ambiente natural» (Chayña Aguilar & Palomino Manzano, 2016, p. 63), o en su defecto, conforme a las nuevas tendencias que esbozan que resulta redundante decir «medio ambiente» y que solamente se debe hacer referencia al ambiente: este último vendría a ser el bien jurídico protegido.

Este delito protege un bien jurídico colectivo de carácter universal, es decir, uno supraindividual, dado que la afectación al ambiente es un problema general que perjudica a un número indeterminado de personas. Al respecto, el delito de minería ilegal no prohíbe directamente las actividades mineras sin autorización de la entidad administrativa competente, sino que protege el ambiente cuando está siendo perjudicado, alterado, dañado o puesto en peligro a causa de actividades mineras no autorizadas, pero que están revestidas de potencialidad para causar daño al ambiente.

Tutelar bienes jurídicos supraindividuales no requiere de una percepción material de su lesividad, sino de una valoración técnica especializada, que pueda avizorar que algún componente ambiental ha sufrido un efecto contaminante, sin esperar que un bien jurídico altamente personal haya sido objeto de afectación (Peña Cabrera, 2017, p. 256).

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, el 21 de mayo del 2019, emitió la Casación n.º 464-2016-PASCO, en cuyo fundamento decimoprimer, señala:

El objeto de protección del delito de minería ilegal es precisamente la protección del ambiente equilibrado y adecuado. El legislador creó este tipo para reprimir las acciones mineras no autorizadas, que afectarán al medioambiente o a sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

## 5. LA MINERÍA ILEGAL

La minería ilegal está presente prácticamente en todas las regiones del país. Los enclaves principales se encuentran en Cusco, Madre de Dios y Puno. Existen quince áreas naturales protegidas amenazadas por la minería ilegal. Una de ellas es la Reserva Nacional de Tambopata, cuya zona de amortiguamiento, ha sido invadida por más de quince mil mineros ilegales que extraen oro con maquinaria pesada y mercurio. (Ministerio del Ambiente, 2013, p. 1)

El auge de la minería ilegal continúa intensificando su operatividad. Con el fin de ponerle coto, el derecho penal busca repeler tales conductas mediante la tipificación en su forma básica «minería ilegal» y sus formas agravadas, las cuales serán efectivas en tanto el Estado garantice una adecuada asignación y distribución presupuestaria a los principales actores encargados de materializar sus fines.

El aumento de la actividad minera ilegal es directamente proporcional al incremento del precio del oro a nivel internacional. Actualmente, se calcula que de los 5 millones de onzas que exporta el Perú anualmente, más de un millón (22 % aproximadamente) corresponde a la minería ilegal. Esta actividad ilícita genera anualmente utilidades por US\$ 1000 millones y evade impuestos por US\$ 305 millones, según estimaciones de Macroconsult.

«Lo más preocupante es que actualmente, el valor de las exportaciones de oro ilegal supera al narcotráfico. Estudios estiman que el oro ilegal que sale del Perú arribaría a Miami y Dubái, entre otros destinos alternativos a Suiza, que sigue siendo un destino principal del oro peruano. (Minsiterio del Ambiente, 2013, p. 2)

El Código Penal ha previsto incluir en sus apartados, conductas delictivas referentes a delitos ambientales: esto, con el fin de frenar actividades contaminantes que perjudican el entorno en que vivimos. En ese sentido, en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, que pueden ser mancillados por la criminalidad ambiental, la Constitución Política del Perú prevé lo siguiente: el derecho de la persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, conforme lo regula el artículo 2, numeral 22: «Toda persona tiene derecho a (...) gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida».

Por tales motivos, el legislador ha considerado como una forma de protección del ambiente, criminalizar las conductas contaminantes realizadas por actividades de minería no autorizada por la entidad administrativa competente, en aras de proteger el bien jurídico «ambiente», bajo los verbos rectores «explorar», «extraer», «explotar» u otros similares, los cuales se protegen en tanto signifiquen la puesta en peligro o lesión del bien jurídico ambiente o sus componentes ambientales. Por ello, se encuentra incluido en el capítulo de «Delitos de contaminación», y no en el capítulo de «Delitos contra los recursos naturales», capítulo en el que ya no se protege el ambiente propiamente, sino la diversidad biológica, los recursos naturales o su aprovechamiento sostenible o sustentable; en el que las conductas delictivas,

en su mayoría, se sancionan por el solo hecho de no contar con el permiso, licencia, autorización o concesión correspondiente, que habilite al sujeto para realizar actividades con repercusión en el recurso natural y la generación de impactos.

## 6. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

### 6.1. SUJETO ACTIVO

El Código Penal ha utilizado la fórmula «el que»; al respecto, tenemos que, para nuestra legislación, es admisible considerar como sujeto activo del delito en comento, a cualquier persona que despliegue un comportamiento delictivo conforme a los presupuestos exigidos para la configuración del tipo.

Ahora bien, de la revisión del artículo 314-A del Código Penal, se vislumbra que los representantes de las personas jurídicas de cuyas actividades se comenta el delito de minería ilegal serán considerados como responsables penalmente de conformidad con los artículos 23 y 27 del Código Penal. Entonces, tenemos que nuestra codificación penal ha convenido en dotar de fuerza interpretativa la posibilidad de admitir responsabilidad penal de los representantes legales de las personas jurídicas de cuya actividad se comenta el delito de minería ilegal. En ese sentido, ya que los eventos criminales de minería ilegal pueden ser cometidos por los representantes legales de las personas jurídicas, notamos que en aplicación del artículo 105 del Código Penal, cuando estos hechos punibles se efectúen en ejercicio de actividades de las personas jurídicas o utilizando su organización para favorecerla o encubirla, es admisible la aplicación de una serie de medidas destinadas a frenar el evento criminal o disminuir su intensidad, dado que, al amparo del citado artículo, se puede clausurar sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; disolver o liquidar a la persona jurídica, suspender sus actividades y prohibir que realice en el futuro hechos similares que signifiquen cometer, favorecer o encubrir el delito; o en todo caso, imponer una multa.

Ahora bien, de conformidad al artículo 105-A del Código Penal, advertimos que para determinar la medida aplicable a la persona jurídica, es menester tener en cuenta los siguientes criterios: 1) la prevención de la continuidad y de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas; 2) la modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible; 3) la gravedad del hecho punible; 4) la extensión del daño o peligro causado; 5) el beneficio económico obtenido con el delito; 6) la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible; y 7) la finalidad de la organización. La disolución de la persona jurídica se efectúa siempre que resulte evidente que ella fue construida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

### 6.2. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo viene a ser la sociedad, como el conjunto indeterminado de personas que sufren menoscabo por la afectación del ambiente que habitan, a consecuencia de actividades mineras ilegales.



Siendo así, se vislumbra que el sujeto pasivo: «Es la colectividad como titular del bien jurídico medio ambiente, la calidad o la salud ambiental» (Becerra Urbina, 2017, p. 156).

No obstante, a la luz del diseño típico de esta conducta delictiva, se entrevé que el sujeto pasivo del delito de minería ilegal sería la sociedad o la colectividad. Sin embargo, notamos que el comportamiento delictivo que se despliega para la minería ilegal, recae en los recursos minerales metálicos y no metálicos; al respecto, aparte del ambiente como bien jurídico protegido, también debemos tener en cuenta el impacto generado al recurso mineral metálico y no metálico, cuya afectación constituye incidencia directa o indirecta en desmedro del ambiente. Desde este tópico, consideramos sustentable admitir que el sujeto pasivo en este delito puede ser el Estado; por ello, se habilita que su defensa sea incluida en el sistema de defensa legal del Estado, la cual se cristaliza por la intervención activa de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales de Ministerio del Ambiente.

### 6.3. CONDUCTA TÍPICA

Conforme al fundamento decimotercero de la Casación n.º 464-2016-PASCO, se indica:

La conducta típica del delito de minería ilegal se compone por tres elementos normativos centrales: a) la realización de un acto minero, que se define como la actividad dirigida a la obtención final de un mineral a través de la exploración, la extracción y la explotación. La disposición establece un catálogo semiabierto de actividades, con la frase “u otros actos similares”. Se abarca todos los tipos de minerales, tanto los metálicos (oro, plata, cobre, entre otros) como los no metálicos (azufre, yodo, litio, sal, agregados, entre otros); b) falta de autorización de la entidad administrativa. Se debe considerar que es un tipo penal en blanco, pues para verificar su configuración típica es necesario recurrir a las normas administrativas; y c) el daño potencial o efectivo al medioambiente.

El primer elemento típico del delito en comento constituye el acto minero; por ello, para la existencia del delito de minería ilegal, se exige que el comportamiento del sujeto activo tenga la cualidad de ser considerado como acto minero. Sin embargo, no cualquier acto minero previsto en el TUO de la Ley General de Minería, dado mediante Decreto Supremo n.º 014-92-EM, ha sido incorporado al tipo penal de minería ilegal, sino, únicamente, los referentes a exploración, extracción, explotación u otro acto similar. Ahora bien, se entiende por exploración aquel acto minero tendiente a demostrar «las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales», conforme lo prevé el primer párrafo del artículo 8 del TUO de la Ley General de Minería. Se entiende por «explotación» aquel acto minero que consiste en la «extracción de los minerales contenidos en un yacimiento», esto conforme se indica en el segundo párrafo del mencionado artículo 8. Sin embargo, notamos que esta ley no hizo la diferenciación respecto a lo que debe entenderse por extracción y por explotación, con lo cual ha generado problemas para su cabal entendimiento y aplicación práctica en el ámbito punitivo.

Así, respecto a la distinción entre la explotación y la extracción, advertimos que no se encuentra en el TUO de la Ley General de Minería, una definición clara o elemento diferenciador de la extracción con relación a la explotación, dado que el mencionado artículo 8 establece que «La explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en los yacimientos», situación con la cual, no se aligeran las dudas sobre sus diferencias; más aún, en el plano aplicativo, cuando se realizan las operaciones policiales e investigaciones fiscales en materia ambiental, se generan problemas en el uso indistinto de los términos «extracción» y «explotación», puesto que cuando se hace intervenciones fiscales o policiales, se puede emplear los verbos «extraer» o «explotar» sin tener mayor cuidado; y cuando se recaban los informes técnicos, informes fundamentados o informes periciales, se puede utilizar estos términos sin tener cuidado de salvaguardar la congruencia terminológica del verbo utilizado inicialmente en el acto primigenio que dio origen a la investigación.

Sin embargo, consideramos inocua la confusión terminológica y, por tanto, sería válido utilizar indistintamente ambos términos para hacer referencia al acto minero consistente en sacar o retirar el recurso mineral metálico o no metálico del yacimiento minero donde se encuentra, sin generar causales nulificantes: esto, por tener sostenibilidad para fines de la práctica procesal y más cuando no contraviene la línea interpretativa-sistemática de la Ley General de Minería.

Ahora bien, respecto a lo siguiente:

De los actos similares se puede interpretar ampliamente a aquellas actividades que aún no están reguladas o que en un futuro aparezcan muy aparte de las que ya están reguladas, por ello el tipo penal de minería ilegal dejó una cláusula abierta para entender otras conductas no vagas, ambiguas, sino específicas en la normativa minera correspondiente. (Chayña Aguilar & Palomino Manzano, 2016, p. 69)

El Código Penal introduce una cláusula *numerus apertus* con la fórmula: «u otro acto similar», el cual, *prima facie*, anima la posibilidad de incluir nuevos actos mineros para la configuración del delito de minería ilegal; por ejemplo, se podría pensar en el acto minero «beneficio de minerales». Sin embargo, bajo los cánones interpretativos efectuados con observancia del principio de legalidad, se hacen presentes barreras que no serán fáciles de superar por no pocos operadores de justicia, vislumbrándose que la fórmula adoptada no es la menos problemática para agregar nuevas formas disvaliosas al delito en comento, tanto más al momento de tener en cuenta la aplicación del principio de prohibición de la analogía.

Para afrontar esta disyuntiva, preferimos apoyarnos en la finalidad protectora del ambiente y sus componentes, salvaguardando el equilibrio ecosistémico, pues con ello, se justifica que el tipo penal mantenga abierta la posibilidad de contemplar nuevos actos mineros que tengan similitud con los que ahora son previstos expresamente. Por ello, a nuestra consideración, un derecho penal que pretende cobijar la justicia ambiental, es pasible de admitir el beneficio de minerales como nueva modalidad delictiva, puesto que dicha conducta es consecutiva a la exploración, extracción y explotación de recursos minerales metálicos y no metálicos, tanto más que guarda relación con los actos mineros ya regulados en el extremo que para su realización también requieren concesión minera otorgada por la entidad administrativa competente.

Con ello, se cumpliría el estándar de similitud prevista en la cláusula *numerus apertus*, además que su desarrollo irracional y antitécnico potencialmente podría afectar el ambiente o sus componentes, al igual o en mayor intensidad que los de explorar, extraer o explotar, y que justamente son previos al beneficio.

Un segundo elemento es no contar con autorización de la entidad administrativa; es decir, para la realización del acto minero, el agente debe contar con documento autoritativo que le permita realizar los actos mineros que conforman el tipo. Entonces, se requiere contar con permiso de inicio o reinicio de operaciones emitido por la entidad administrativa competente, porque este permiso habilita al minero para realizar válidamente los actos mineros, y así, está fuera de los alcances típicos del delito en comento. Cabe añadir que las autorizaciones deben estar en consonancia con las exigencias de la Ley General de Minería.

Un tercer elemento es el causar o poder causar daño al ambiente, es decir, que la actividad pueda perjudicar, alterar o dañar el ambiente o sus componentes, la calidad o la salud ambientales. En este punto, se advierte que el tipo penal es mixto, porque admite un delito de peligro y delito de resultado, todo ello, en función del daño al ambiente. Al respecto, consideramos que no es buena técnica legislativa colocar en un mismo tipo penal sanciones de la misma conminación, tanto para quien lesiona el bien jurídico protegido como para el que solamente lo pone en peligro.

Tal redacción no es acorde con los principios de racionalidad y proporcionalidad de la pena, previstos en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, donde se señala que el ámbito de punibilidad no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esto quiere decir que el Estado debe garantizar un correlato entre el injusto ambiental cometido y la pena que se va a imponer, la cual debe ser producto de una graduación de la culpabilidad por el hecho, de conformidad con la valoración razonable con criterios cualitativos y/o cuantitativos de la trascendencia del daño causado. Por ello, consideramos que para solucionar esta incongruencia en la sanción penal, se puede elevar la pena en el delito de minería ilegal de resultado, es decir, cuando se lesiona el bien jurídico protegido, pero sin sobrepasar la pena que se prescribe para las formas agravadas del delito de minería ilegal, previstas en el artículo 307-B del Código Penal; esto, con la finalidad de mantener la racionalidad y proporcionalidad en la respuesta punitiva del Estado y no sancionar con la misma pena a quien solamente pone en peligro el bien jurídico protegido y a quien lo lesiona. En todo caso, se puede emplear una nueva redacción en el texto normativo del artículo 307-A del Código Penal, al mismo estilo de la regulación prevista para el delito de colusión simple y colusión agravada del artículo 384 del Código Penal, en el que uno se caracteriza por ser de peligro y el otro, por ser de resultado, conminándose una pena menos severa al delito de peligro con relación al de resultado.

Nótese que el legislador penal, para este delito, solamente exige que el peligro o resultado genere daño al ambiente, entendiéndose este daño como todo menoscabo material al ambiente o a sus componentes, contraviniendo o no disposición jurídica, y generando efectos negativos actuales o potenciales<sup>50</sup>, dejando de lado la exigencia de un daño grave al ambiente, como sí lo exige el delito de contaminación del ambiente,

50 Ver el artículo 142.2., de la Ley n.º 28611, **Ley General del Ambiente**: «De la responsabilidad por daños ambientales.- Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales».

tipificado en el artículo 304 del Código Penal. En tal sentido, se tiene que para el delito de minería ilegal basta el peligro de daño al ambiente o que se produzca el resultado dañoso al bien jurídico, sin necesidad exigir que sean graves.

Ahora bien, la Corte Suprema, en el fundamento decimoprimer de la Casación n.º 464-2016-PASCO, indica lo siguiente:

El objeto de protección del delito de minería ilegal es precisamente la protección del ambiente equilibrado y adecuado. El legislador creó este tipo para reprimir las acciones mineras no autorizadas, que afectarán al medioambiente o a sus componentes, la calidad o la salud ambientales. Por medioambiente o sus componentes, se entiende al conjunto de elementos que conforman un ecosistema determinado, cuya normalidad se ve alterada por la acción, la misma que no necesariamente se encuentra vinculada a una acción de contaminación ambiental, sino que puede implicar una afectación a un paisaje.

## 7. ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO

- **Dolo.** El primer párrafo del delito en comento admite la modalidad dolosa, es decir, la de aquel que con conocimiento y voluntad realiza un acto minero sin contar con la autorización de la entidad administrativa y que causa o puede causar daño al ambiente. Ahora bien, consideramos atendible que este delito también se pueda cometer por dolo eventual: por la conducta del agente que reconoce como posible que con su actuar puede realizar el tipo penal que no desea cometer, pero que lo hace a sabiendas que existe la posibilidad de generar un resultado.
- **Culpa.** El segundo párrafo del tipo penal establece la modalidad culposa, es decir, aquella persona que por negligencia, imprudencia o impericia realiza un acto minero sin contar con autorización de la autoridad administrativa competente y causa o puede causar daño al ambiente.

## 8. CONSUMACIÓN

El delito descrito en el primer párrafo del artículo 307-A del Código Penal, por ser un delito de peligro, se consuma desde que se suscita la efectiva puesta en peligro del bien jurídico ambiente. Esta situación de riesgo ha de ser constatada fehacientemente para entender consumado este delito (Becerra Urbina, 2017, p. 157). Además, el delito también se consuma cuando se produce una efectiva lesión al bien jurídico protegido.

## 9. FORMALIZACIÓN MINERA

El segundo párrafo del delito en comento indica que se sanciona con la misma pena al que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad o la salud ambientales; es decir, solamente es pasible de sanción penal si el agente se encuentra fuera del proceso de formalización minera.

Al respecto, durante estos últimos años se ha venido estableciendo una serie de normas regulatorias del denominado «minero informal» o «minería informal», entendida esta última como aquella que, si bien no cuenta con permiso para actividades mineras, se encuentra dentro del Proceso de Formalización de la Actividad Minera, es decir, el minero informal está encaminado a obtener dicho permiso. Por ello, conforme a la regulación antes prevista, mientras el agente se encuentre en esta condición no es pasible de ser sancionado penalmente por este delito, a razón de existir causal eximente prevista en la norma extrapenal que elimina la antijuricidad del evento delictivo, es decir, cuando se encuentra dentro del ámbito de legalidad en la regulación administrativa minera.

Ahora bien, en el fundamento vigesimosexto de la Casación n.º 1446-2018-TACNA, se indica:

Se verifica que mediante disposición complementaria final única del Decreto Legislativo N.º 1351 del seis de enero de dos mil diecisiete, se estableció como supuestos de exención de responsabilidad penal en este delito, la tramitación del proceso de formalización minera.

«Lo expuesto permite establecer el reconocimiento en el campo penal de la distinción entre informalidad e ilegalidad para efectos de la configuración típica del delito en análisis.

## 10. CONCLUSIONES

1. En el Imperio incaico, se tenía gran respeto a la madre tierra; además, el inca, como supremo soberano, aprovechaba los minerales que estaban en la tierra para la confección de adornos, utensilios, herramientas y otros, en cuya extracción adoptaron un sistema de trabajo colectivo.
2. El hombre, desde que apareció en la Tierra, viene aprovechando los recursos minerales. A fin de salvaguardar tales recursos y asegurar su disfrute para generaciones futuras, se ha optado por regular administrativamente la minería ilegal; no obstante, al no ser suficiente dicha regulación para frenar la contaminación por minería ilegal, se ha optado por su tipificación con la denominación de «delito de minería ilegal».
3. El delito de minería ilegal, conforme a su regulación típica, prevé que serán punibles los actos mineros de exploración, extracción, explotación u otros similares, que, sin contar con autorización administrativa de la autoridad

competente, causen o puedan causar daño o perjuicio al ambiente, sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Por tanto, el bien jurídico que se protege es el ambiente, sus componentes, la calidad o la salud ambientales.

4. El delito de minería ilegal admite como verbos rectores las conductas de explorar, extraer, explotar u otro acto similar. Este último constituye una cláusula *numerus apertus*, en la que consideramos que puede incluirse el beneficio de minerales, al ser un comportamiento consecutivo a la exploración, extracción y explotación de recursos minerales metálicos o no metálicos, y dado que se trata de actos mineros que para su realización requieren concesión minera otorgada por entidad competente.
5. El delito de minería ilegal sanciona al que lesiona o al que pone en peligro el bien jurídico ambiente. Sin embargo, consideramos que no es sostenible que un mismo tipo penal reprima al que causa un resultado y al que pudo causarlo; por ello, proponemos como solución elevar la pena para los casos de lesión del bien jurídico ambiente, pero sin sobrepasar la pena que se prescribe para el delito de minería ilegal agravada prevista en el artículo 307-B del Código Penal: esto último, con la finalidad de mantener la racionalidad y proporcionalidad de la respuesta punitiva y no sancionar con la misma pena a quien pone en peligro el bien jurídico y a quien sí lo lesiona. Esta solución tendría similitud con el delito de colusión simple y agravada, donde se diferencian las conductas en función del peligro o resultado, al igual que sus penas.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

- Baldeón Rios, J. (2016). *Tratado de derecho minero peruano*. Lima: Jurista Editores.
- Becerra Urbina, R. (2017). *Delitos ambientales*. Lima: LIBREJUR.
- Casación n.º 464-2016 (Pasco). (21 de mayo del 2019). Corte Suprema de Justicia de la República: Sala Penal Transitoria.
- Casación n.º 1446-2018 (Tacna). (19 de julio del 2021). Corte Suprema de Justicia de la República: Sala Penal Transitoria.
- Chayña Aguilar, L., & Palomino Manzano, M. (2016). *Delito de minería ilegal*. Lima: GRIJLEY.
- Ipenza Peralta, C. (2013). *Manual para entender la pequeña minería y minería artesanal y los derechos legislativos vinculados a la minería ilegal*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- Ministerio del Ambiente. (25 de octubre del 2013). *Diálogos ambientales con la prensa. Minería ilegal*. Especialistas participantes: E. Raez Luna, J. de Echave y S. J. Herrera. [www.minam.gob.pe: https://www.minam.gob.pe/prensa/wp-content/uploads/sites/44/2013/12/dialogo-con-la-prensa-2\\_Minereia\\_ilegal.pdf](http://www.minam.gob.pe:https://www.minam.gob.pe/prensa/wp-content/uploads/sites/44/2013/12/dialogo-con-la-prensa-2_Minereia_ilegal.pdf)
- Peña Cabrera, A. (2017). *Los delitos contra el medio ambiente*. Lima: Instituto Pacífico

# DELITO DE MINERÍA ILEGAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA EXTRACCIÓN DE MATERIAL DE ACARREO EN LOS ÁLVEOS O CAUCES DE LOS RÍOS

Martha María Solís Vásquez<sup>51</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. La legitimidad de los delitos ambientales: toma de postura, 3. El delito de minería ilegal, 4. Valoración jurídica de la extracción de material de acarreo, 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Frente a la evolución del hombre en la sociedad y ante el surgimiento de nuevas realidades sociales, Schünemann (1996) se hace la siguiente pregunta: «¿En qué ámbito podría ser más imprescindible el acto de legítima defensa de la sociedad que en última instancia es el Derecho penal que para el aseguramiento de las bases de supervivencia de la humanidad?» (p. 28).

La respuesta parece clara y sencilla; no obstante, existe una tendencia doctrinaria, encabezada por Hassemer (1998), que critica la modernización del derecho penal, en particular, por obligarlo a extender su radio de acción y flexibilizar sus categorías dogmáticas tradicionales, propias de un «Derecho penal clásico» (p. 37) o, como bien dice Gracia Martín (2003), de un «Derecho penal liberal» (p. 51).

Por ello, se cuestiona la idoneidad de este como medio de control social para hacer frente a la «criminalidad ecológica», identificada por proteger bienes jurídicos universales mediante los delitos de peligro. No obstante, pese a dicho cuestionamiento, lo cierto es que la protección del medio ambiente no es posible en virtud del «Derecho penal clásico», caracterizado por la protección de bienes jurídicos individuales y su intervención tardía (Eduardo Aboso, 2015, pp. 2-3).

Desde este punto de vista, no es una novedad sostener que existe una tendencia mundial que considera la protección del medio ambiente como «imprescindible e impostergable» (Ochoa Figueroa, 2014, p. 15), teniendo como premisa que los «bienes comunes» se pueden agotar, no solo extrayéndolos indiscriminadamente,

<sup>51</sup> Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magister en Derecho Público, itinerario en Derecho penal, por la Universidad Complutense de Madrid y egresada de la maestría con mención en Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Tiene estudios en materia ambiental: Título de Postgrado de Especialización en «Nuevas Tendencias del Derecho Ambiental» por la Universidad Castilla - La Mancha; y estudiante del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y Recursos Naturales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



sino contaminándolos (Hardin, 2005). Tanto es el clamor de su defensa, que Silva Sánchez refiere que el propio papa Francisco, en su carta encíclica *Laudato si'* insta a cuidar la «casa común» y combatir la degradación del medio ambiente (como se citó en Eduardo Aboso, 2015, p. XXIII).

En este contexto de preocupación, la minería ilegal se ha criminalizado en atención a su estrecha vinculación con la contaminación ambiental (Huamán Castellares, 2016, p. 428). Esta actividad consume grandes cantidades de agua, pues «sin agua no hay posibilidad de hacer minería», lo cual conlleva innumerables inconvenientes relacionados con su sostenibilidad si no se cuenta con los permisos o las autorizaciones requeridos para su uso (De la Puente Brunke, 2010, pp. 294-296). Además, la explotación de minerales auríferos se realiza con mayor frecuencia en los yacimientos aluviales, los que en la mayoría de los casos se ven contaminados con mercurio. Asimismo, se puede alterar gravemente el cauce o alterar la vegetación ribereña con el sistema de dragado y producirse otros efectos negativos (Brack Egg et al., 2011, pp. 29-40 y 53-66).

Hasta este punto, queda clara la relación que existe entre la actividad minera ilegal y el agua, que implica actos de contaminación, alteraciones y otros. Sin embargo, es preciso indicar que este recurso natural, también se vincula con la minería ilegal al criminalizar toda extracción ilegal de material de acarreo (bien natural asociado al agua) que cause o pueda causar un daño al ambiente. Criminalización que no está exenta de críticas, como las relacionadas con su naturaleza minera, su título habilitante y la exigencia de certificación ambiental.

En virtud de lo expuesto, el presente artículo tiene como objeto profundizar, previamente, en la idoneidad del derecho penal frente a los nuevos intereses y la legitimidad de los delitos ambientales, en particular los asociados con el peligro, motivo por el cual, tomaré una postura al respecto, para luego desarrollar aspectos vinculados con la minería ilegal, sus elementos normativos y su naturaleza jurídica. Sumado a ello, se valorarán algunas cuestiones relativas al aprovechamiento del material de acarreo.

## 2. LA LEGITIMIDAD DE LOS DELITOS AMBIENTALES: TOMA DE POSTURA

Sobre el tema, es oportuno debatir la siguiente interrogante: ¿Es el derecho penal el medio idóneo para resolver los conflictos surgidos por las nuevas realidades sociales? ¿Tienen legitimidad los delitos ambientales, en particular, los de peligro?<sup>52</sup>. Al respecto, es preciso dejar claro que dichos cuestionamientos no son exclusivos ni originales, sino que tienen larga data y existen importantes posturas que analizaremos sucintamente.

---

<sup>52</sup> Sobre el tema, en extenso, ver Schünemann (1996, p. 28), Eduardo Aboso (2015, pp. 42-51 y 116-172) y Vilchez Chinchayán (2018, pp. 21-45 y 118-126).



En principio, debemos recordar que la concepción de la sociedad configura el campo de acción del derecho penal. Es decir, el delito es un hecho social, es un producto de cada sociedad; y el derecho penal es un hecho de la misma sociedad<sup>53</sup>.

Desde este punto de vista, siguiendo a Schünemann (2002), el problema no radica en la intervención del derecho penal en los conflictos surgidos en esta nueva sociedad, «sino en que el derecho penal, con la doctrina del siglo pasado, no puede dotarlo de contenido ni hacer frente a estos nuevos intereses» (p. 68). Estos han desbordado los parámetros delimitadores de la doctrina penal tradicional, que incluso, en opinión de Naucke (2000), «ya ha nacido ese algo distinto del derecho penal, pero no en absoluto algo mejor que el derecho penal» (p. 549); por ello, no es extraño que «algunos autores de la doctrina auguren la defunción del derecho penal que hasta ahora hemos conocido» (Santa Cecilia García, 2014, p. 278).

Por estos criterios, este nuevo derecho penal seguramente no es el «ideal y quizá, en un futuro, tampoco será mejor o será reemplazado por algo mejor», tal como lo anhelaba Radbruch (como se citó en Santa Cecilia García, 2014, pp. 279 y 281). No obstante, retrotraer el derecho penal a sus fundamentos básicos y tradicionales, pese a la nueva sociedad, tampoco es la solución. Tal como lo expresa Schünemann (2002), «es insostenible querer luchar contra la criminalidad del siglo XXI con los medios del derecho penal del siglo XIX. Ese derecho penal liberal no es suficiente ahora ni lo será en el futuro, es un derecho penal retrógrado» (p. 68).

En este contexto, no comparto los postulados defendidos por Hassemer (1992), en particular, su posición respecto a los llamados «bienes supraindividuales o colectivos»<sup>54</sup> y su «Derecho de Intervención». En puridad, este autor critica la figura de los bienes jurídicos colectivos y su protección a través de los delitos de peligro, ya que no se perciben víctimas concretas o estas se encuentran difuminadas y se renuncia a las exigencias del daño<sup>55</sup>. Sumado a ello, a efectos de evitar la desnaturalización de ese derecho penal clásico y atender al mismo tiempo las demandas sociales ligadas a los problemas originados en la sociedad del riesgo, propone la existencia de un «Derecho de Intervención»<sup>56</sup> —que estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público— con un «nivel de garantías y formalidades procesales inferiores al derecho penal; pero a su vez, con la precaución de una menor intensidad en las sanciones» (Hassemer & Muñoz Conde, 1995, p. 46).

En esa línea, tampoco considero viable su «Derecho de Intervención» propuesto, porque, tal como lo describe Schünemann, este existe y es anacrónico, consta de siglos y es el derecho administrativo, y porque «sería incapaz de lidiar con los desafíos que representan los daños ambientales», como bien sostiene Stratenwerth (ambos autores, citados en Eduardo Aboso, 2015, pp. 155 y 159).

53 Son de esta opinión Zúñiga Rodríguez (2001, p. 251) y Bacigalupo (2006, p. 28).

54 Hassemer considera que el «Derecho penal es un instrumento de la libertad ciudadana»; por tal, es el último medio para controlar los «problemas sociales». Sumado a ello, indica que, tradicionalmente, se ha protegido bienes jurídicos cuyo portador es el individuo; en consecuencia, los bienes jurídicos colectivos deben ser descritos con la mayor precisión posible y ser interpretados en función de la «protección de bienes jurídicos individuales» (Hassemer, 1992, pp. 238 y 248).

55 Ver también Hassemer (1992, pp. 241-242 y 248); Hassemer y Muñoz Conde (1995, pp. 28-29).

56 Hassemer avala la existencia de un «Derecho de Intervención», que «no es un derecho penal leve ni tampoco un mero derecho penal administrativo, ni constituye tampoco una agravación cuantitativa de lo tradicional, sino una nueva respuesta cualitativa». Así lo estima Gracia Martín (2003, p. 152).

Ahora bien, en relación con los otros modelos de la doctrina, en particular, la tesis sostenida por Silva Sánchez (2006) respecto a su noción de «Derecho penal de dos velocidades»<sup>57</sup>, cabe indicar que también tiene algunos cuestionamientos. Frente a lo expuesto, comparto la opinión de García-Pablos de Molina (2004) cuando afirma que «la propuesta analizada, oculta bajo el eufemismo de las dos velocidades[,] el mensaje, tácito, pero demoledor, de la menor relevancia otorgada a la nueva criminalidad». Para el citado autor, el hecho de excluir las penas privativas de libertad como compensación de la flexibilización de algunas garantías, en su derecho penal de segunda velocidad, brinda un mensaje equivocado a la conciencia ciudadana, tras dejar ver los ataques a los nuevos intereses sociales con menor importancia que el resto (pp. 408-409).

En relación con la doctrina gestada por Jakobs relativa a su «Derecho penal del enemigo», al parecer, existe un unánime consenso en rechazar su planteamiento político criminal (Merino Herrera, 2010, p. 265). En tal sentido, la ráfaga de críticas se centraliza en la carga ideológica y emocional que produce el término «enemigo»<sup>58</sup>. Según este autor, el enemigo «es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el derecho de modo supuestamente duradero, y no solo de manera incidental; en consecuencia, éste, ya no pueda ni debe ser tratado como persona» (Merino Herrera, 2010, p. 243).

Por ello, el «tránsito del ciudadano al de enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas», cualidades que revelarían la peligrosidad del individuo, a quien se le hará frente en virtud de un «ordenamiento jurídico especial» (Silva Sánchez, 2006, pp. 185-186).

En ese sentido, no le falta razón a Jakobs cuando señala que existen personas que continuamente transgreden el derecho y que, quizá, jamás se vayan a resocializar y actuar conforme a los valores de nuestra sociedad; por tanto, no merecen que se les trate igual. No obstante, adoptar esta postura nos acerca más a un «derecho penal de autor», que conlleva a criminalizar no conductas lesivas, sino a sujetos peligrosos, y ello produciría «inseguridad jurídica» (Cancio Meliá, 2010, pp. 433 y 438-439).

Dicho lo anterior, cobra sentido la conclusión a la que llega Schünemann (1996) cuando sostiene «que mientras la escuela de Frankfurt no quiere llevar a cabo una aportación constructiva a la modernización del derecho penal, la aportación del pensamiento penal de Jakobs consiste en la apertura de todas las compuertas» (p. 48).

En virtud de todo lo expuesto, comparto la posición de Schünemann, Silva Sánchez y Jakobs respecto a la intervención del derecho penal ante las nuevas realidades sociales, ya que todos ellos coinciden en esto, aunque con sus propios matices y particularidades. No obstante, tal como apunta Feijoo Sánchez (2006, pp. 49-50), es necesario hacer no un cuestionamiento general del derecho penal frente a las nuevas realidades sociales, sino hacer un «estudio pormenorizado de cada delito o sector criminal», y, sobre esta base, determinar tanto su «legitimidad como su auténtica necesidad».

---

57 Silva Sánchez (2006, pp. 178-172) propone estructurar dos clases de derecho penal, un modelo dual o de dos velocidades. Una constituida por el derecho penal clásico, al cual brindaría acogida al llamado «núcleo duro de delitos» y otro, catalogado como derecho penal de segunda velocidad, más alejado de ese núcleo, que se ocupará de todo lo relativo a la criminalidad moderna, y en el cual se permitiría aceptar una cierta flexibilización del rigor del sistema a cambio, nada menos, que de la renuncia expresa y general de la pena privativa de libertad, sustituyéndola por penas menos severas.

58 Tal como lo expone Gracia Martín (2005, pp. 90-91 y 93).

En virtud a lo comentado, es preciso preguntarnos: ¿si es legítima la criminalización de los delitos ambientales? Al respecto, al hilo de la postura adoptada *supra*, debo empezar señalando que el Principio de intervención mínima del derecho penal no puede limitar la protección de los nuevos intereses colectivos que surgen de las transformaciones sociales, económicas, culturales y tecnológicas del entorno en que vivimos. En ese sentido, considero que los bienes jurídicos colectivos sí son dignos de tutela penal, siempre y cuando conlleve una «dañosidad social» no vinculada a la moral o la ética (Eduardo Aboso, 2015, pp. 135-136).

Ahora bien, la preocupación por el medio ambiente se encuentra justificada ante los «desastres ecológicos mundiales» —como los de Chernóbil y el derrame de petrolero producido por el barco Exxon Valdez— y los desastres ecológicos propios —como el derrame de petróleo de Repsol y la deforestación continua e implacable de nuestra selva, a causa de los mineros ilegales— que nos permite darnos cuenta de la «finitud» de nuestra propia existencia y el peligro latente contra las generaciones futuras (Eduardo Aboso, 2015, pp. 5-6).

En consecuencia, considero totalmente legítima la protección penal del medio ambiente, por la «dañosidad social» que representa, la contaminación y el aprovechamiento insostenible e ilegal de los recursos naturales, al atentar contra nuestro sistema natural y, en consecuencia, contribuir con nuestra extinción como humanidad.

### 3. EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL

El delito de minería ilegal contempla una conducta dolosa y culposa y tiene aproximadamente diez años de vigencia. Se incorporó al Código Penal mediante Decreto Legislativo n.º 1102, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de febrero del 2012. Cabe señalar que este delito tiene un tipo base (artículo 307-A, Código Penal) y modalidades agravantes (artículo 307-B)<sup>59</sup>; así como conexión con otros delitos que contribuyen a su perpetración, tales como financiamiento a la minería ilegal (artículo 307-C), obstaculización a la fiscalización administrativa (artículo 307-D) y tráfico de insumos químicos y de maquinaria destinados a la minería ilegal (artículo 307-E) (Chayña Aguilar & Palomino Manzano, 2016, p. 61).

Por otra parte, es importante destacar tres mecanismos de lucha y persecución del delito de minería ilegal: i) la interdicción minera, que permite realizar acciones de decomiso o destrucción de instrumentos del delito, establecida en virtud del Decreto Legislativo n.º 1100, «Decreto Legislativo que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la república y establece medidas complementarias»; ii) su inclusión como una de las conductas del crimen organizado regulado por la Ley n.º 30077, Ley de Crimen Organizado, tras su modificatoria por Decreto Legislativo n.º 1244 (Ipenza Peralta, 2018, pp. 81 y 84); y iii) su incorporación como delito fuente en el delito de lavado de activos,

<sup>59</sup> Conducta, que se agrava si el minero ilegal desarrolla su actividad en zonas no permitidas, en áreas naturales protegidas, en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas, utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares o afecta sistemas de irrigación o aguas destinadas al consumo humano, entre otros (artículo 307-B del Código Penal). Por otro lado, se impone la pena de inhabilitación (artículo 307-F), contra el minero ilegal a efectos de que no pueda obtener concesiones mineras, de labor general, de *beneficio* o transporte de minerales metálicos o no metálicos, así como para su comercialización, por un periodo igual a la pena principal. (Chayña Aguilar & Palomino Manzano, 2016, p. 61).

al introducir activos o capitales de origen ilícito, provenientes de la minería ilegal, al tráfico económico lícito, tras la promulgación del Decreto Legislativo n.º 1106, «Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado» (Valverde Luna & Collantes Añaños, 2017, p. 55)<sup>60</sup>.

A tenor de lo expuesto, el delito de minería ilegal, en principio, es autónomo y se encuentra incluido en el Capítulo I, denominado: Delitos de contaminación, del Título XIII del Código Penal. En consecuencia, conforme a su ubicación, la conducta delictiva está vinculada a la contaminación ambiental (Chayña Aguilar & Palomino Manzano, 2016, p. 71; Huamán Castellares, 2016, p. 428), a diferencia de lo que ocurre con los delitos contra los recursos naturales, cuyos efectos negativos de acciones contaminantes no son exigibles, sino solo se requiere la explotación de dichos recursos al afectar los «servicios ambientales» que suministran (García Caveró, 2015, p. 950).

Sin embargo, es preciso indicar que si bien es cierto que la actividad minera ilegal se encuentra vinculada con la contaminación ambiental, no es menos cierto que dicha conducta no se limita a ello, sino a toda afectación al ambiente y sus componentes, como, por ejemplo, el hecho de alterar un paisaje, tal como lo sustenta Huamán Castellares (2016, p. 431) y es citado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Casación n.º 464-2016-PASCO, del 21 de mayo del 2019.

En este punto, resulta oportuno analizar los elementos normativos del delito de minería ilegal: a) el acto minero, b) no contar con autorización de la autoridad administrativa, y c) el daño potencial o efectivo al medio ambiente (Huamán Castellares, 2016, pp. 428-429).

- a. **El acto minero.** Huamán Castellares (2016) define «el acto minero como toda acción dirigida a la obtención final de un mineral» e indica que el carácter semiabierto del tipo penal debe ser interpretado en dichos términos, es decir, en función de la obtención de un mineral en un estado que pueda ser comercializado. En esta línea, el citado autor señala que las modalidades delictivas expresamente definidas en el delito de minería ilegal son la «exploración, la extracción y la explotación de minerales» (p. 429); sin embargo, el tipo penal permite incluir otras actividades mineras similares, como el «beneficio», sostienen Oré Sosa (2015, p. 189) y Chayña Aguilar y Palomino Manzano (2016, p. 73).

Frente a esta posición, Huamán Castellares excluye la actividad minera de «beneficio» como modalidad delictiva, argumentando que no está penalmente sancionada. Es más, considera que esta no constituye un acto similar a la exploración, extracción o explotación. En consecuencia, de ocasionarse un daño ambiental podría configurarse el delito de contaminación ambiental, mas no de minería ilegal<sup>61</sup>.

60 Sobre el tema, ver Casación n.º 1446-2018-TACNA, del 19 de julio del 2021, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. En esta, se analizan la minería artesanal, ilegal e informal, y el lavado de activos.

61 El citado autor sostiene que la norma expresamente no reprime los actos de beneficio; por ello, propone dos posibilidades: la primera es considerar que están incluidos dentro del término «actos similares»; y, la segunda, considerar que se incluyan dentro de la explotación. No obstante, en conferencias posteriores, argumenta que el beneficio no puede incluirse como «actos similares» a la exploración, extracción o explotación de minerales. Al respecto, ver Huamán Castellares (2016, p. 429) y la conferencia de este autor: «El delito de minería ilegal», Conferencia del Poder Judicial, 10 de abril del 2017, en <https://www.youtube.com/watch?v=mRRcZeVb2tY>

Al respecto, discrepo de dicho autor y por ello, como indican Chayña Aguilar y Palomino Manzano, para dotar de contenido al tipo penal, debemos recurrir al artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo n.º 014-92-EM (en adelante, TUO de la Ley General de Minería)<sup>62</sup>, en el que se establecen como actividades mineras el cateo, la prospección, la exploración, la explotación, el *beneficio*, la labor general, el transporte minero y la comercialización, las cuales, en su mayoría, requieren de concesión minera, excepto el cateo, la prospección y la comercialización (Chayña Aguilar & Palomino Manzano, 2016, p. 74).

Ahora bien, conforme al TUO de la Ley General de Minería, el cateo busca —en esencia— evidencia de mineralización; asimismo, la prospección determina las áreas de mineralización, mientras que la labor general, transporte minero y comercialización son actividades inclinadas más a los servicios adicionales o auxiliares de la explotación y beneficio mineros. Esta última actividad es definida como el conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos que se realizan para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado de minerales y/o para purificar, fundir o refinar metales<sup>63</sup>.

De todas estas actividades mineras, siguiendo la línea argumental de Chayña Aguilar y Palomino Manzano, el cateo, la prospección, la comercialización, el transporte minero y la labor general no ayudan en estricto a la obtención del mineral. En cambio, el «beneficio» encaja perfectamente con la definición que brinda Huamán Castellares respecto al acto minero, como la obtención de un mineral en un estado que pueda ser comercializado (Chayña Aguilar & Palomino Manzano, 2016, p. 74).

En tal sentido, me pregunto: ¿acaso no es el beneficio de los minerales lo que permite finalmente obtener este producto comerciable? Téngase en cuenta que esta actividad persigue aislar el mineral que se desea de las demás sustancias estériles, que se encuentran mezclados al extraer los

62 Decreto Supremo n.º 014-92-EM, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 3 de junio de 1992.

63 Del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, no se advierte una definición general de «actividad minera»; pero, en el artículo VI de su Título Preliminar, se reconoce como actividades mineras el cateo, la prospección, la exploración, la explotación, el beneficio, la labor general, el transporte minero y la comercialización. Sumado a ello, en los artículos siguientes, se desarrollan dichas actividades mineras, como a continuación se indica:

- El **cateo** es la acción conducente para poner en evidencia indicios de mineralización por medio de labores mineras elementales, previsto en el artículo 1 del TUO de la Ley General de Minería.
  - La **prospección** es la investigación conducente para determinar áreas de posible mineralización, por medio de indicaciones químicas y físicas, medidas con instrumentos y técnicas de precisión, prevista en el artículo 1 del TUO de la Ley General de Minería.
  - La **exploración** es la actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales, prevista en el artículo 8 del TUO de la Ley General de Minería.
  - La **explotación** es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento, prevista en el artículo 8 del TUO de la Ley General de Minería.
  - El **beneficio** es el conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos que se realizan para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado de minerales y/o para purificar, fundir o refinar metales, previsto en el artículo 17 del TUO de la Ley General de Minería.
  - La **labor general** es toda actividad minera que presta servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción a dos o más concesiones de distintos concesionarios, prevista en el artículo 19 del TUO de la Ley General de Minería.
  - El **transporte minero** es todo sistema utilizado para el transporte masivo continuo de productos minerales, por métodos no convencionales. Los sistemas por utilizarse podrán ser fajas transportadoras, tuberías o cable carriles, previsto en el artículo 22 del TUO de la Ley General de Minería.
  - La **comercialización** de productos minerales es libre, interna y externa, y para su ejercicio no se requiere el otorgamiento de una concesión, prevista en el artículo 3 del TUO de la Ley General de Minería.
- (De la Puente Brunke, 2010, pp. 104-105, 114-115 y 117; Aguado Martínez, 2009, p. 27).

minerales, tras la actividad minera de explotación. Es decir, que el titular de una concesión de beneficio tiene el derecho de extraer o concentrar la parte valiosa de un agregado de minerales a efectos de adquirir un valor comercial en el mercado (De la Puente Brunke, 2010, pp. 104-105).

En este contexto, si excluimos el beneficio es probable que ninguna de las actividades mineras reguladas en el TUO de la Ley General de Minería podría encajar en la cláusula amplia del tipo penal, denominado «actos similares», más aún si el cateo, la prospección y la comercialización no requieren de concesión por no generar impactos significativos al ambiente (Aguado Martínez, 2009, p. 28). En consecuencia, no tendría razón de ser su incorporación por el legislador peruano.

Por tales consideraciones, como enseña García Cavero (2015), aunque este no aborda el cuestionamiento aludido, concuerdo que la cláusula amplia debe estar relacionada con «cualquier actividad conexas con el aprovechamiento de los minerales y que requiera una autorización previa por la autoridad competente» (p. 922).

En definitiva, es perfectamente punible la actividad minera «beneficio», porque no solo se vincula con la obtención final del mineral, sino que se encuentra estrechamente relacionada con el aprovechamiento de los recursos minerales; además requiere de concesión de beneficio y otras autorizaciones para su ejecución. Claro está que para cerrar el círculo delictivo se debe cumplir con todos los elementos del tipo penal.

- b. No contar con autorización administrativa.** La actividad minera requiere de autorización del Ministerio de Energía y Minas, así como de los gobiernos regionales y las municipalidades, como más adelante abordaremos. Sin embargo, cabe destacar que esta actividad es tan compleja que requiere permisos y autorizaciones de otros sectores del Estado, como de la Autoridad Nacional del Agua (en lo sucesivo, ANA), el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Senace), entre otros (Huamán Castellares, 2016, p. 430).
- c. El daño potencial o efectivo al medio ambiente.** El último elemento normativo exige que el delito en estudio afecte o pueda causar un perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad o la salud ambientales. En puridad, advertimos una mixtura de daños: por un lado, se exige un resultado lesivo; y por otro, la aptitud perjudicial de la conducta (Huamán Castellares, 2016, p. 431).

### 3.1. NATURALEZA JURÍDICA: ¿DELITO DE LESIÓN O DE PELIGRO?

En la doctrina, es común encontrar bifurcado el delito de peligro en abstracto y concreto; sin embargo, también se advierten otras categorías del peligro, siendo interesante mencionar el denominado «peligro hipotético» o «peligro idóneo» (Vílchez Chinchayán, 2018, p. 77) cuando analizamos el delito de minería ilegal.



- El **peligro abstracto**. Desde un punto de vista purista, es la mera descripción de una conducta que el legislador supone *ex ante* peligrosa para los bienes jurídicos, motivo por el cual es común que la doctrina mayoritaria defienda la existencia de un disvalor de acción, anticipando la tutela penal al momento de la acción y excluyendo el resultado. La peligrosidad está sobreentendida en la misma conducta típica; por consiguiente, esta estructura «obedece a los delitos de mera actividad» (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016, p. 403). Sumado a lo expuesto, para diferenciar los tipos de peligro clásicos, se señala que en esta categoría el peligro no es un elemento del tipo y el delito queda consumado, aunque en el «caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido» (Cerezo Mir, 2002, p. 47).
- El **peligro concreto**. Requiere para su configuración no solo una conducta peligrosa, sino que es exigible que se genere un peligro concreto. En estos casos, entra en contacto la acción delictiva con el bien jurídico u objeto de protección de la norma (Gálvez Villegas, 2016, p. 265). En conclusión, los delitos de peligro concreto solo se consuman cuando se ha producido realmente un peligro. Finalmente, cabe destacar que en este tipo de delitos el «peligro» es un elemento exigido por el tipo, lo cual no ocurre en los delitos de peligro abstracto (Vílchez Chinchayán, 2018, p. 65).
- El «**peligro hipotético**» o «**peligro idóneo**». Según Hoyer (como se citó en Vílchez Chinchayán, 2018, p. 77), es una categoría independiente (del peligro abstracto y del concreto) que no exige la creación de un peligro concreto, sino solo el incremento del riesgo de lesión.

Contrariamente, Mendo Estrella (2008) —analizando el delito ecológico previsto en el artículo 325.1 del Código Penal español— sostiene que esta categoría es «una subespecie de los delitos de peligro abstracto» y que la identificación de un peligro hipotético se encuentra en la expresión típica «**puedan perjudicar**». En estos casos, la presencia de la aptitud o posibilidad para el peligro de la acción es determinante para satisfacer la tipicidad del delito, a diferencia de los delitos de peligro abstracto *stricto sensu*. En virtud de ello, el autor precisa que la actividad probatoria en el proceso penal debe dirigirse a probar la «idoneidad de la conducta para producir un resultado» y no en probar el peligro, como en el caso de los delitos de peligro concreto<sup>64</sup>.

En esta línea, Serrano Tárraga et al. (2009) concluyen que el delito previsto en el artículo 325.1 del Código Penal español no exige un peligro concreto; por tanto, se trata de un peligro hipotético o potencial, en el que se «prohíbe la realización de conductas aptas o idóneas para la producción de un resultado» (p. 158).

64 Además, el autor antes citado alude a la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de noviembre del 2004, la cual señala lo siguiente: «De acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala el tipo penal del denominado delito ecológico participa de la naturaleza de los delitos de peligro abstracto-concreto, de peligro hipotético o potencial en lo que lo característico es la aptitud de la conducta realizada para producir el peligro grave al equilibrio de los sistemas naturales. En otras palabras, no es precisa la concurrencia de un peligro concreto sobre la salud de las personas o los sistemas naturales, sino la idoneidad de la conducta para su producción, por lo que no es preciso comprobar la efectiva producción del riesgo, la concreción del mismo, sino la idoneidad de su producción desde la conducta declarada probada» (FJ 6<sup>o</sup>). Mendo Estrella (2008, pp. 248-249 y 260).

Por su parte, Caro Coria y Reyna Alfaro (2016) consideran que el **«peligro abstracto-concreto»**, como también se denomina este peligro, es un «simple peligro abstracto», sustentando su postura en el hecho de que la «exigencia de la peligrosidad general de la conducta no es incompatible con la incorporación en el tipo de elementos de aptitud referidos a dicha peligrosidad» (p. 407).

En este orden de ideas, cabe indicar que no existe consenso respecto a la categoría del peligro en los delitos ambientales; sin embargo, existe cierta predilección por catalogarlos como delitos de peligro concreto, en particular, los delitos de contaminación (Mendo Estrella, 2008, p. 246). En esta línea, Oré Sosa (2015, p. 190) y Huamán Castellares (2016, p. 431) sostienen que el delito de minería ilegal, tal como está descrito, representa un peligro concreto, aunque el último autor considera que la actividad minera, por ser tan impactante contra el medio ambiente, debería ser catalogado como un delito de peligro abstracto (Huamán Castellares, 2017). En cambio, García Caveró defiende una mixtura de peligros en el delito de minería ilegal: así, cuando se afecta el medio ambiente o sus componentes, se trataría de un peligro concreto, y si se transgrede la salud o calidad ambiental, se trataría de un peligro abstracto (García Caveró, 2015, pp. 924-925).

Contrariamente a las posturas aludidas, comparto la posición de Serrano Tárraga, Serrano Maílló, Vásquez Gonzáles (los dos últimos autores, citados en la obra de Serrano Tárraga et al., 2009) y Mendo Estrella; en particular, la aludida por este último autor, porque calza perfectamente en el análisis del delito de minería ilegal como un delito de peligro hipotético: i) por un lado, es cierto que si el legislador peruano hubiese querido catalogarlo como un delito de peligro concreto, lo hubiese expresado en el tipo penal como lo hace en el delito de exposición a peligro de persona dependiente, previsto en el artículo 128 del Código Penal, por ejemplo (Mendo Estrella, 2008, p. 248). Por otro lado, si lo hubiese considerado abstracto en estricto, no se hubiese exigido su potencialidad lesiva (Mendo Estrella, 2008, p. 248); ii) sumado a ello, advertimos en el catálogo de delitos ambientales peruano la configuración típica «puedan causar perjuicio» en el delito de contaminación ambiental (artículo 304 del Código Penal), el delito de incumplimiento de las normas relativas a los residuos sólidos (artículo 306 del Código Penal) y en el delito de minería ilegal (artículo 307-A del Código Penal); en tal sentido, es posible identificar un peligro hipotético (Mendo Estrella, 2008, p. 249); y iii) esta categoría del peligro hipotético está vinculada, en estricto, a probar la «idoneidad de la conducta para producir un resultado o la potencialidad lesiva de la conducta» y no a probar el «peligro», como en el caso de los delitos de peligro concreto. En puridad, lo relevante es la «aptitud de la conducta para producir el peligro» (Mendo Estrella, 2008, pp. 248-250).



## 4. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA EXTRACCIÓN DE MATERIAL DE ACARREO

### 4.1. EXTRACCIÓN DE MATERIAL DE ACARREO: ¿ACTIVIDAD DE NATURALEZA MINERA?

El material que acarrea y deposita el agua en los cauces es un bien natural asociado al agua en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, numeral 1, literal c, de la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos<sup>65</sup>. Estos materiales de acarreo se utilizan con fines de construcción: tales como los limos, arcillas, arenas, grava, guijarros, cantos rodados, bloques o bolones, entre otros (Castañeda Félix, 2019, pp. 31-32).

Ahora bien, la cuestión es saber si los materiales de acarreo son o no minerales. En esta línea, Castañeda Félix refiere que la respuesta la encontramos en el artículo 2 de la Ley n.º 28221, «Ley que regula el derecho por extracción de materiales de los álveos o cauces de los ríos por las municipalidades», el cual, expresamente, define al material que acarrea los ríos en sus álveos o cauces como mineral no metálico, coligiendo su naturaleza minera (Castañeda Félix, 2019, p. 68).

Teniendo certeza de su naturaleza minera, es preciso analizar qué tipo de actividad minera representa. En este punto, podríamos asegurar que al tratarse de una extracción (sacar los recursos naturales minerales de su fuente), dicha actividad se subsume a la «actividad minera de explotación», conforme lo regula el artículo 8 del TUO de la Ley General de Minería<sup>66</sup>. No obstante, existe una sutil, pero gran diferencia: la explotación minera requiere no solo concesión, sino una serie de permisos tramitados ante diversas autoridades (De la Puente Brunke, 2010, p. 117), exigencia que no se condice con la actividad de extracción de material de acarreo.

### 4.2. TITULARIDAD DE LOS RECURSOS NATURALES MINEROS: ESPECIAL REFERENCIA AL MATERIAL DE ACARREO

Conforme lo establece el artículo 954 del Código Civil, la propiedad del predio de cualquier ciudadano no alcanza a los recursos naturales ni yacimientos mineros ni restos arqueológicos, entre otros. En ese sentido, cabe preguntarnos: ¿quién tiene la titularidad de los recursos naturales? (Tejada Gurmendi, 2014, p. 292).

En este contexto, Tejada Gurmendi sostiene que nuestro sistema jurídico adopta el sistema dominalista regalista, mediante el cual el dominio de los recursos naturales es a favor del Estado y su explotación puede estar a cargo propio como de privados, lo cual se encuentra regulado en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú,

65 Ley n.º 29338: «Artículo 6º. - Bienes asociados al agua / Son bienes asociados al agua los siguientes:

1. Bienes naturales:

(...)

c. los materiales que acarrea y deposita el agua en los cauces;

(...)».

66 TUO de la Ley General de Minería: «Artículo 8.- (...) / La explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento».

sistema que se ratifica en la Ley n.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales<sup>67</sup>, que reconoce el dominio del Estado sobre los recursos naturales mantenidos en su fuente (bien inmueble) y, al mismo tiempo, dispone que el dominio —propiedad privada— a favor de los titulares se otorga exclusivamente sobre los frutos y productos de los recursos naturales (bien mueble), obtenidos conforme a ley<sup>68</sup>.

Sin embargo, en relación con el agua, el artículo 2 de la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos, expresamente establece que no hay propiedad privada sobre este recurso natural. En ese sentido, lo que el Estado otorga a los particulares es el derecho de uso de agua imponiendo una retribución económica, salvo que sea para uso primario (De la Puente Brunke, 2010, pp. 295-296). Caso distinto ocurre respecto a los recursos minerales (metálicos y no metálicos), los cuales pueden ser aprovechados por particulares bajo el régimen de concesiones y adquieren la propiedad de los frutos y productos a extraer, conforme lo dispone el artículo II del Título Preliminar del TUO de la Ley General de Minería (Tejada Gurmendi, 2014, pp. 291-292) concordante con el artículo 23 de la Ley n.º 26821<sup>69</sup>.

En virtud de lo expuesto, en relación con la titularidad de los materiales de acarreo, si bien es cierto este es un bien asociado al agua, también es un mineral no metálico; por tanto, es posible que el titular goce la propiedad de los frutos y productos de su extracción, aunque su aprovechamiento no está regulado por el régimen de concesiones, tal como desarrollaremos a continuación.

### 4.3. TÍTULO HABILITANTE PARA SU APROVECHAMIENTO: ¿CONCESIÓN MINERA O AUTORIZACIÓN?

#### a. Concesión minera

Para Aguado Martínez (2009, p. 29), el aprovechamiento formal y lícito de los recursos minerales —como patrimonio de la nación— exige contar con una concesión minera y otras licencias, permisos y autorizaciones requeridos en la legislación vigente, de conformidad con la naturaleza y localización de las actividades a ejecutar.

67 Ley n.º 26821:

«Artículo 4. - Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

(...)

Artículo 19. - Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares».

68 Ver Tejada Gurmendi (2014, p. 292), Aguado Martínez (2009, pp. 26-27).

69 El Artículo 23 de la Ley n.º 26821 señala que la «concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia. Las concesiones son bienes incorporales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo» Aguado Martínez (2009, p. 26).

En este orden de ideas, Tejada Gurmendi sostiene que la concesión minera brinda a su titular un derecho real *sui generis*, que permite ejercer un derecho de propiedad de naturaleza especial y condicionada al cumplimiento de obligaciones exigido en la ley de la materia (Tejada Gurmendi, 2009, p. 294).

Ahora bien, cabe mencionar que el Ministerio del Ambiente (2016, pp. 40-46) identifica algunos elementos relevantes de la concesión minera: i) la concesión minera debe entenderse como un sólido de profundidad indefinida; ii) la concesión minera no debe confundirse con el predio donde se encuentre ubicado, estos son distintos: la primera, es una *res administrativa* y la segunda es una *res civil* (Aguado Martínez, 2009, p. 28); iii) la concesión minera es irrevocable, en tanto el titular cumpla con las obligaciones dispuestas en la ley de la materia para mantener su vigencia (De la Puente Brunke, 2010, p. 103), *contrario sensu*, si no cumple con dichos dispositivos, se puede revocar su título, tal como lo dispone el artículo 23 de la Ley n.º 26821 antes citada; iv) la concesión minera tiene una extensión en función a la escala de la actividad minera: artesanal, pequeña, mediana o grande. Respecto a la minería artesanal, por ejemplo, puede llegar hasta mil hectáreas, y la pequeña minería, hasta dos mil hectáreas (De la Puente Brunke, 2010, p. 110); v) la extensión de la concesión minera está vinculada con base en un sistema de cuadrículas establecido por el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (Ingemmet), la unidad básica de medida superficial de la concesión minera tiene una extensión de cien hectáreas (Castañeda Félix, 2019, p. 25); y vi) la concesión minera otorga a su titular un derecho de explorar o explotar un sólido de profundidad indefinida.

Como ya lo hemos mencionado, el TUO de la Ley General de Minería establece que el aprovechamiento de los minerales se otorga por concesiones mineras. Concesiones que —desde el 15 de diciembre de 1991— se clasifican en metálicas y no metálicas, categoría que el titular minero puede transformar en cualquier momento, es decir, de metálica a no metálica y viceversa (Tejada Gurmendi, 2014, p. 294).

No obstante, cabe señalar que incluso quien tiene un petitorio minero (solicitud de una concesión minera)<sup>70</sup> o una concesión minera puede ser investigado por el delito de minería ilegal si no se cuenta con la autorización y las certificaciones exigidas previamente a la exploración, explotación o beneficio, y su actividad causa o puede causar un peligro al medio ambiente. Recuérdese que dicho título (concesión minera) no autoriza por sí mismo a realizar dichas actividades mineras. Esta actividad no será posible hasta que el concesionario obtenga los permisos, licencias, certificaciones ambientales y autorizaciones requeridas por la ley de la materia, tal como lo establece el artículo 23 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo n.º 018-92-EM (Tejada Gurmendi, 2014, p. 296).

## b. Autorización

Dicho lo anterior, a esa disposición general respecto del título habilitante (concesión) para el aprovechamiento de los recursos minerales (metálicos y no metálicos), advertimos que paralelamente es posible el aprovechamiento de material que

---

<sup>70</sup> La concesión minera contempla un procedimiento ordinario que se inicia con la presentación del petitorio minero, que no es otra cosa que la solicitud de dicha concesión, y está conformado por actos y diligencias de cara a evaluar el cumplimiento de las exigencias legales, lo cual servirá de fundamento para la decisión final de la autoridad administrativa minera, que mediante resolución correspondiente aceptará o denegará el petitorio minero, otorgando en el primer caso la concesión minera (Aguado Martínez, 2009, p. 32).

acarrear y depositan las aguas en álveos o cauces de los ríos, tras la autorización otorgada por las municipalidades distritales o provinciales, regulada por la Ley n.º 28221. Este derecho de extracción requiere de autorización de la municipalidad, previa opinión técnica vinculante de la ANA, conforme lo establece el artículo 15, numeral 9, de la Ley n.º 29338 (Castañeda Félix, 2019, p. 27).

En este contexto, advertimos que nuestra legislación regula el aprovechamiento de los recursos minerales no metálicos de dos maneras: por concesión y por autorización. Ahora, el porqué de esta distinción ha sido difícil encontrarlo en algún manual o material jurídico, motivo por el cual debemos revisar sus antecedentes normativos.

Sobre el particular, los antecedentes legislativos relativos a la protección del agua son sin duda el Código de Aguas de 1902 y la Ley General de Aguas, aprobada por Decreto Ley n.º 17752, publicada el 29 de julio de 1969. Esta última norma tuvo una vigencia bastante larga y estableció —a diferencia del Código de Aguas— que «las aguas no son de propiedad de quien adquiere la tierra (relación tierra-agua), sino del Estado; es decir, el Estado rechaza la propiedad privada y los derechos adquiridos sobre ella» (Ortiz Sánchez, 2015, p. 305), pero establece las condiciones para acceder a su uso (Guevara Pérez, 2015, p. 328). Además, la Ley General de Aguas otorgó a la Autoridad de Aguas la competencia de otorgar los permisos para la explotación de los materiales que depositan las aguas en sus álveos o cauces y dispuso, además, la nulidad de las concesiones que se habían otorgado con anterioridad a su promulgación, como las supuestas concesiones de explotación minera de materiales no metálicos, tal como lo dispone el artículo 100 de la citada ley (Castañeda Félix, 2019, p. 13). Esto quiere decir que antes de dicha norma existían concesiones mineras no metálicas a efectos de extraer material de acarreo.

Posteriormente, la décimo séptima disposición final de la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, aprobada por Decreto Legislativo n.º 708, publicada el 14 de noviembre de 1991, derogó expresamente el artículo 100 de la Ley General de Aguas, es decir que mantienen su vigencia las concesiones de explotación minera de materiales de acarreo (Castañeda Félix, 2019, p. 14). Esta posición fue ratificada en la octava disposición final del TUO de la Ley General de Minería, publicada el 4 de junio de 1992, sustentada en el Decreto Legislativo n.º 708 antes citado<sup>71</sup>, al suscribir la derogación del artículo 100 en cuestión (Castañeda Félix, 2019, p. 68).

En esta línea de tiempo, tras la derogación de este artículo, la Autoridad de Aguas pierde su competencia para emitir permisos para el aprovechamiento de material de acarreo; no obstante, esta recobra dicha facultad tras la promulgación de la Ley n.º 26737, «Ley que regula la explotación de materiales que acarrear y depositan aguas en su álveos o cauces», publicada el 5 de enero de 1997, la cual regula como título habilitante el «permiso de extracción» y no la «concesión» (Castañeda Félix, 2019, p. 67). Es más, la última Disposición Transitoria del Reglamento de la Ley n.º 26737, aprobado por el Decreto Supremo n.º 013-97-AG, el que fue publicado el 9 de julio de 1997, establece que los titulares de concesiones mineras no metálicas, relativas a materiales de construcción, cuyas áreas de explotación comprenden álveos o cauces, deberán adecuarse a la ley y las normas del citado Reglamento (Castañeda Félix, 2019, p. 67).

71 Recuérdese que el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería se sustenta en la Ley General de Minería, aprobada por Decreto Legislativo n.º 109, y en la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 708 (Aguado Martínez, 2009, p. 27).

Luego, la Autoridad de Aguas perdió su facultad de otorgar tal permiso al promulgarse la **Ley n.º 28221**, publicada el 11 de mayo del 2004, ya que concedió a la municipalidad la facultad de autorizar la extracción de materiales de acarreo y el cobro de los derechos respectivos. Esta norma es consecuencia de la **Ley n.º 27972**, Ley Orgánica de Municipalidades (en lo sucesivo, LOM), publicada el 28 de mayo del 2003, porque regula el pago por derecho de extracción como una renta municipal, conforme a su artículo 69, inciso 9), sin tener aún dicha competencia (Castañeda Félix, 2019, p. 68).

Ulteriormente, se promulgó la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos, publicada el 31 de marzo del 2009, la cual deroga la Ley General de Agua de 1969, pero mantiene como principio que el agua es patrimonio de la nación y descarta todo intento de privatización de dicho recurso. Además, se fundan principios a efectos de orientar y guiar la gestión del agua y de los recursos hídricos; es más, se establece el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos cuyo ente rector es la ANA (Guevara Pérez, 2015, pp. 330 y 333).

Ahora bien, respecto al tema en estudio, conforme el artículo 15, numeral 9, de la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos, es preciso señalar que la ANA recobra su intervención en la actividad de extracción de material de acarreo, al emitir —de manera obligatoria— opinión técnica vinculante previa a su autorización por parte de las municipalidades (Castañeda Félix, 2019, p. 68), competencia recaída en la Administración Local del Agua, en virtud del artículo 40, numeral 40.4, literal d) del Reglamento de Organización y Funciones de la ANA, aprobado por Decreto Supremo n.º 006-2010-AG, publicado el 8 de julio del 2010 (Castañeda Félix, 2019, p. 11).

En este orden de ideas, podemos concluir que este aprovechamiento tuvo a más de una entidad involucrada y no existía consenso respecto al «título habilitante» para su otorgamiento, hasta que, finalmente, las entidades ediles asumieron tal función, entidades que no tienen facultad para otorgar concesión minera ni cuentan con funciones en materia ambiental (Castañeda Félix, 2019, p. 77).

En definitiva, es posible que el cambio del título habilitante —de «concesión» a «autorización de extracción»— esté justificado ante el tratamiento particular que se le otorga al recurso natural (agua) respecto a su aprovechamiento. No olvidemos que no existe concesión de agua, no hay propiedad privada sobre este recurso natural, solo derechos de uso de agua mediante permisos, autorizaciones y licencias conforme lo establecen los artículos 2 y 45 de la Ley de Recursos Hídricos, respectivamente.

En tal sentido, la autorización para la extracción de material de acarreo se regula como una excepción al marco general de minería, porque estos son tanto bienes asociados al agua como minerales no metálicos, pero con idéntico alcance que las concesiones, en lo que sea aplicable, en virtud del artículo 24 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales mencionada. No olvidemos que el aprovechamiento de recursos naturales no se limita al régimen de concesiones, sino también es posible en virtud de permisos, licencias, autorizaciones y otros<sup>72</sup>.

---

72 Ver también Aguado Martínez (2009, p. 26); Castañeda Félix (2019, pp. 21 y 27).

#### **4.4. CERTIFICACIÓN AMBIENTAL: ¿LA EXTRACCIÓN DE MATERIAL DE ACARREO REQUIERE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL?**

Sobre el particular, Castañeda Félix (2019, pp. 71 y 74) sostiene que «la opinión técnica previa vinculante de la ANA es relativa únicamente a los aspectos topográficos del recurso hídrico»; por tanto, al considerar la actividad de extracción de material de acarreo de álveos o cauces de los ríos como una actividad minera no metálica sujeta al régimen minero, debería requerirse un instrumento de gestión ambiental aprobado por el gobierno regional.

En virtud de lo expuesto, Castañeda Félix (2019) llega a esta conclusión luego de realizar un estudio de la Ley n.º 28221, relativa al aprovechamiento del material de acarreo, y concluye que existe un vacío normativo respecto a la exigencia de la certificación ambiental y la entidad competente encargada para su aprobación y fiscalización. En consecuencia, plantea una modificatoria que incluya expresamente esta exigencia (pp. 74 y 97-106).

Dicho lo anterior, cabe concluir que para imputar el delito de minería ilegal por extracción de material de acarreo, bastará revisar si se cuenta tanto con autorización y opinión previa de la ANA. No podemos exigir que para el inicio de actividades se cuente con una certificación ambiental, porque esta no se encuentra contemplada expresamente como requisito en la mencionada Ley n.º 28221.

Ahora bien, podría decirse que la Ley n.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, exige que todo proyecto que pueda producir un impacto negativo requiere de certificación ambiental (Castañeda Félix, 2019, pp. 48-52). No obstante, las municipalidades no tienen facultades en materia ambiental (p. 77), y en la práctica, los gobiernos regionales no se consideran competentes para ejercer funciones de certificación y fiscalización ambiental respecto a la extracción de material de acarreo (p. 75).

	DERECHO DE APROVECHAMIENTO	ENTIDADES	REQUISITOS	MINERALES
MINERÍA NO METÁLICA	TUO de la Ley General de Minería y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.º 03-94-EM, entre otros.	Gobierno central/ Gobiernos regionales.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Concesión minera no metálica.</li> <li>• Autorización de inicio o reinicio de actividades luego de cumplir con una serie de requisitos; por ejemplo, tener aprobada su certificación ambiental.</li> </ul>	Que se encuentren fuera de los álveos o cauces de los ríos.
	Ley n.º 28221, «Ley que regula el derecho por extracción de materiales de los álveos o cauces de los ríos por las municipalidades».	Municipalidades (distritales o provinciales).	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Autorización con previa opinión técnica vinculante de la Autoridad Local del Agua competente.</li> </ul>	Que se encuentren en los álveos o cauces de los ríos.

*Elaboración propia, sustentada en la normativa vigente.*

## 4.5. IMPACTOS EN EL MEDIO AMBIENTE

Los impactos en el medio ambiente generados por la extracción de material de acarreo depositado en los álveos o cauces de los ríos pueden ser tanto negativos como positivos.

- El artículo 5 de la Ley n.º 28221 señala que la municipalidad puede suspender las actividades de extracción o disponer el cambio de ubicación de la zona de extracción si los titulares de los permisos contaminan gravemente las aguas del río, afectan el cauce o sus zonas aledañas, la propiedad o la seguridad de la población<sup>73</sup>. Sumado a ello, en el Anexo III de la Resolución Jefatural n.º 102-2019-ANA, se establecen como infracciones vinculadas a la extracción del material de acarreo las siguientes: dañar, obstruir o destruir cualquier bien asociado al agua, natural o artificial; dañar las defensas naturales o artificiales de las márgenes de los cauces, entre otros<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Ley n.º 28221:

«Artículo 5°. - Causales de suspensión o extinción

La Municipalidad puede suspender las actividades de extracción o disponer el cambio de ubicación de la zona de extracción si los titulares de los permisos contaminan gravemente las aguas del río, afectan el cauce o sus zonas aledañas o la propiedad o afectan la seguridad de la población».

<sup>74</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de mayo del 2019.



Sobre el particular, Castañeda Félix (2019) reitera que debe ser exigible la certificación ambiental de cara a observar los posibles impactos ambientales que la actividad podría causar y las medidas de prevención, mitigación, reparación o restauración que se deben adoptar (p. 72).

- Aparte, se advierte que la extracción de materiales de acarreo depositados en los álveos o cauces de los ríos contribuye a su descolmatación. En ese sentido, el impacto en el medio ambiente es positivo. Al respecto, de conformidad con el Capítulo II del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, se regulan los Programas Integrales de Control de Avenidas, elaborados por la ANA en coordinación con las oficinas regionales de Defensa Civil. Dichos programas están destinados a prevenir, reducir y mitigar riesgos de inundaciones mediante la ejecución de actividades permanentes de descolmatación de cauces (artículo 264).

Sumado a ello, una de las clasificaciones de los citados programas, incluye los programas de control para la protección de centros poblados, cuyas acciones están destinadas a rehabilitar, descolmatar y limpiar cauces, incluyendo los drenes, para proteger a la población contra inundaciones (artículo 265). Cabe indicar que cualquier ejecución de obras vinculadas a los programas requiere autorización de la ANA (artículo 273).

Finalmente, se debe destacar que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento cuenta con el Programa Nuestras Ciudades, regulado por Decreto Supremo n.º 005-2012-VIVIENDA, que tiene como uno de sus objetivos la gestión de riesgos de desastre. Por ello, con maquinaria propia, en coordinación con los tres niveles de gobierno, puede realizar limpieza y descolmatación de drenes, quebradas, canales y ríos, tal como se advierte en la Directiva de Programa n.º 001-2016/VIVIENDA/VMVU/PNC, «Procedimiento para el uso de maquinaria, vehículo y equipos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento», aprobada por Resolución Directoral n.º 140-2016-VIVIENDA-PNC y modificada recientemente por la Resolución Directoral n.º 6-2019-VIVIENDA-VMVU-PNC<sup>75</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

**Primera.** Al hilo de la postura adoptada *supra*, debemos indicar que el derecho penal no puede mantenerse inerte ante las nuevas realidades sociales ni ante la existencia de los nuevos intereses, porque el derecho es producto de la propia sociedad. En consecuencia, considero totalmente legítima la protección penal del medio ambiente, por la «dañosidad social» que representan la contaminación y el aprovechamiento insostenible e ilegal de los recursos naturales al atentar contra nuestro sistema natural y, en consecuencia, contribuir con nuestra extinción como humanidad.

---

<sup>75</sup> Sobre el particular, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento comunicó que inició la limpieza y descolmatación de un tramo del cauce de la quebrada Huaycoloro, en el Centro Poblado Santa María de Huachipa, distrito de Lurigancho. De esta manera se protege a 1525 habitantes del Centro Poblado Santa María de Huachipa que viven a los alrededores. Ver Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (16 de enero del 2022).



**Segunda.** Respecto a la exclusión del «beneficio» como modalidad delictiva en el delito de minería ilegal, sostenida por Huamán Castellares *supra*, debo discrepar con su posición por las siguientes consideraciones: i) de seguir esta postura, es probable que ninguna de las actividades mineras reguladas en el TUO de la Ley General de Minería podrían encajar en la cláusula amplia del tipo penal, denominada «actos similares», más aún, si el cateo, la prospección y la comercialización no requieren de concesión por no generar impactos significativos al ambiente (Aguado Martínez, 2009, p. 28). Asimismo, la labor general y el transporte minero están vinculados a los servicios adicionales o auxiliares a los concesionarios<sup>76</sup>; en tal sentido, no tendría razón de ser su incorporación por el legislador peruano. Del mismo modo, cabe señalar lo siguiente: ii) la actividad minera más próxima a la exploración, extracción o explotación (de acuerdo a la propia definición de acto minero, que brinda el citado autor) es el beneficio. Dicha actividad es afín con la obtención final del mineral para su comercialización, tras la extracción de la parte valiosa (Chayña Aguilar & Palomino Manzano, 2016, p. 74). En consecuencia, es perfectamente punible la actividad minera de beneficio (la cual requiere, además de concesión de beneficio, otras autorizaciones para su ejecución). Claro está que para cerrar el círculo delictivo, se debe cumplir con todos los elementos del tipo penal.

**Tercera.** Contrariamente a las posturas aludidas *supra*, comparto la posición de Serrano Tárraga, Serrano Maillo, Vásquez Gonzáles y Mendo Estrella, respecto a sus puntos de vista relacionados con el peligro, en el delito ecológico español, que calzan perfectamente en el análisis del delito de minería ilegal (artículo 307-A del Código Penal) como un delito de peligro hipotético. En puridad, porque la configuración típica «**puedan causar perjuicio**» no está relacionada con el peligro concreto, sino con la aptitud de la conducta para producir el peligro<sup>77</sup>.

**Cuarta.** Existe una innegable particularidad del «título habilitante» del aprovechamiento de los materiales que acarrear y depositan las aguas en los cauces o álveos de los ríos; sin embargo, tal como lo sostiene Castañeda Félix (2019), su naturaleza minera se colige del artículo 2 de la Ley n.º 28221, «Ley que regula el derecho por extracción de materiales de los álveos o cauces de los ríos por las municipalidades», el cual expresamente define el material de acarreo como mineral no metálico (p. 68).

**Quinta.** El derecho de extracción de material de acarreo requiere de autorización y se regula como una excepción al marco general de minería (que requiere concesión minera para la mayoría de las actividades mineras), porque estos son tanto bienes asociados al agua como a minerales no metálicos, pero con idéntico alcance que las concesiones, en lo que sea aplicable. Recuértese que el aprovechamiento de recursos naturales no se limita al régimen de concesiones, sino también es posible en virtud de permisos, licencias, autorizaciones y otros, tal como lo establece el artículo 24 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales<sup>78</sup>.

**Sexta.** Respecto a los impactos al medio ambiente, tras la extracción de material de acarreo, de cara a evaluar un presunto delito de minería ilegal, es preciso distinguir estos dos supuestos: i) extracción con fines comerciales u otros; y ii) extracción, exclusivamente, con fines de protección (descolmatar y limpiar cauces).

76 Ver también De la Puente Brunke (2010, pp. 104-105, 114-115 y 117), Aguado Martínez (2009, p. 27).

77 Ver Mendo Estrella (2008, pp. 248 y 250), Serrano Tárraga et al. (2009, p. 158).

78 Aguado Martínez (2009, p. 26), Castañeda Félix (2019, pp. 21 y 27).

Ambos supuestos requieren de la intervención de la ANA a efectos de prevenir posibles daños ambientales. En ese sentido, si el impacto al medio ambiente es positivo, es decir, contribuye al encauzamiento de los ríos y existe intervención de la ANA, no se podrá imputar el delito de minería ilegal, ante la falta del daño.

**Séptima.** Siguiendo la postura de Castañeda Félix, tal regulación es cuestionable, porque es menos intensa que la de una concesión minera no metálica (la cual requiere del cumplimiento de una serie de requisitos); y presenta un vacío normativo respecto a la exigencia de la certificación ambiental y la determinación de la entidad competente encargada para su aprobación y fiscalización (Castañeda Félix, 2019, pp. 74 y 97-106).

**Octava.** Teniendo en cuenta todo lo expuesto, podemos concluir que la extracción ilegal de material de acarreo puede configurar el delito de minería ilegal, en virtud de lo siguiente:

- i) Expresamente, la Ley n.º 28221, «Ley que regula el derecho por extracción de materiales de los álveos o cauces de los ríos por las municipalidades», define los «materiales que acarrean y depositan las aguas en los cauces o álveos de los ríos» como minerales no metálicos.
- ii) El derecho de extracción requiere de autorización de la municipalidad competente, previa opinión técnica vinculante de la ANA, conforme lo establece el artículo 1 de la Ley n.º 28221 y el artículo 15, numeral 9, de la Ley n.º 29338, Ley de Recursos Hídricos, respectivamente.
- iii) El material que acarrea y deposita el agua en los cauces es un bien natural asociado al agua, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, numeral 1, literal c, de la Ley n.º 29338. Por tal motivo, su extracción puede ocasionar daños al ambiente, máxime si no cuenta o se cumple con la opinión técnica previa, vinculante, de la ANA.
- iv) El tipo penal de minería ilegal no exige que la actividad minera (explorar, extraer, explotar u otros actos similares) sean concedidos necesariamente por el régimen de concesión, solo se exige que dicha actividad no cuente con la autorización de la entidad administrativa competente. En virtud de ello, puede imputarse este delito a todo aquel que extrae material de acarreo sin contar con la autorización de la municipalidad y el informe previo de la Autoridad Local del Agua respectivo. No obstante, esto no es suficiente para considerarlo como delito, siendo necesario que su actividad cause (lesione, dañe el medio ambiente) o pueda causar (ponga en peligro, dañe potencialmente el medio ambiente) perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, así como a la calidad ambiental o la salud ambiental.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Aguado Martínez, M. (2009). La concesión minera. Jurisdicción y procedimiento. *Revista de Derecho Administrativo*, (8), 25-45. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13983>
- Bacigalupo, E. (2006). *Hacia el nuevo Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Brack Egg, A., Ipenza Peralta, C., Álvarez, J., & Sotero, V. (2011). *Minería aurífera en Madre de Dios y contaminación con mercurio - Una bomba de tiempo*. Lima: Ministerio del Ambiente. <https://repositoriodigital.minam.gob.pe/handle/123456789/229>
- Cancio Meliá, M. (2010). De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo? En *Estudios de Derecho penal*, (pp. 409-446). Lima: Palestra.
- Caro Coria, D., & Reyna Alfaro, L. (2016). *Derecho penal económico. Parte general* (t. I). Lima: Jurista Editores.
- Castañeda Félix, P. (2019). *La fiscalización ambiental de las actividades de extracción de material de acarreo de los álveos y cauces de los ríos: Una propuesta de mejora normativa* [Tesis de maestría]. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Repositorio Académico UPC. <http://hdl.handle.net/10757/625601>
- Cerezo Mir, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2.a Ép.), (10), 47-72. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2216965>
- Chayña Aguilar, L., & Palomino Manzano, M. (2016). *El delito de minería ilegal*. Lima: Grijley.
- De la Puente Brunke, L. (2010). *Derecho ambiental e industria minera en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Energéticos Mineros.
- Eduardo Aboso, G. (2015). *Derecho penal ambiental. Estudio sobre los principales problemas en la regulación de los delitos contra el medio ambiente en la sociedad del riesgo*. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda.
- Feijoo Sánchez, B. (2006). Sobre la «administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI». En J. Díaz-Maroto y Villarejo (Coord.), *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García* (pp. 137-176). Madrid: Colex.
- Gálvez Villegas, T. (2016). *La reparación civil en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (3.ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- García Caveró, P. (2015). *Derecho penal económico. Parte especial* (vol. II, 2.ª ed.). *Delitos contra el Libre Mercado: Consumidores, medio ambiente, fraude financiero y colusión desleal*. Lima: Instituto Pacífico.

- García-Pablos de Molina, A. (2004). Pautas y tendencias en la evolución de la dogmática penal alemana. En E. Octavio de Toledo, E. Ubieto, M. Gurdíel Sierra y E. Cortes Bechiarelli (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (pp. 379-410). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gracia Martín, L. (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gracia Martín, L. (2005). *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guevara Pérez, E. (2015). Evolución histórica de la legislación hídrica del Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (15), 319-334.
- Hardin, G. (2005). La tragedia de los comunes. *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, 4(10), 0. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30541023>
- Hassemer, W. (1992). Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, XLV(1), 235-250.
- Hassemer, W. (1998). Perspectivas del Derecho penal futuro. *Revista penal*, (1), 37-42.
- Hassemer, W., & Muñoz Conde, F. (1995). *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Huamán Castellares, D. (2016). El delito de minería ilegal: principales aspectos sustantivos sobre el tipo base y sus agravantes. En J. Hurtado Pozo (Dir.) y F. Mendoza Llamacponcca (Coord.), *Temas de Derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de derecho penal 2013-2014* (pp. 423-445). Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Huamán Castellares, D. (10 de abril del 2017). *El delito de minería ilegal* [Sesión de conferencia]. Conferencia del Poder Judicial, Perú, Lima. <https://www.youtube.com/watch?v=mRRcZeVb2tY>
- Ipenza Peralta, C. (2018). *Manual de delitos ambientales. Una herramienta para operadores de la justicia ambiental*. Lima: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales y Sea Shepard Legal.
- Mendo Estrella, A. (2008). La compleja estructura en el denominado delito «ecológico» del artículo 325.1 del Código Penal: Algunas alternativas. *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, LXI(1), 237-264. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3004414>
- Merino Herrera, J. (2010). *Política criminal y delincuencia organizada. Especial consideración del fenómeno terrorista* [Tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid.
- Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (16 de enero del 2022). *Ministerio de Vivienda inicia limpieza y descolmatación de la quebrada Huaycoloro*. <https://www.gob.pe/qu/institucion/vivienda/noticias/576685-ministerio-de-vivienda-inicia-limpieza-y-descolmatacion-de-la-quebrada-huaycoloro>

- Ministerio del Ambiente. (2016). *La lucha por la legalidad en la actividad minera, 2011-2016. Avances concretos y retos para enfrentar la problemática de la minería ilegal y lograr la formalización de los operadores mineros*. Lima: Ministerio del Ambiente
- Naucke, W. (2000). La progresiva pérdida del contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y positivizado. En C. Romero Casabona (Dir.), *La insostenible situación del derecho penal. Colección Estudios de derecho penal y criminología* (pp. 531-549). Granada: Comares.
- Ochoa Figueroa, A. (2014). *Ilícito penal e ilícito administrativo en el ámbito del medio ambiente: Especial consideración de la tutela del agua* [Tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. Repositorio Institucional de la UCM. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/24608/1/T35118.pdf>
- Oré Sosa, E. (2015). Los delitos de contaminación y minería ilegal. En *Actualidad penal, derecho penal. Parte especial* (vol. 8, pp. 174-191). Lima: Instituto Pacífico.
- Ortiz Sánchez, I. (2015). El Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas de la Autoridad Nacional del Agua del Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (15), 303-317.
- Santa Cecilia García, F. (2014). Crisis del principio de legalidad en materia penal. En A. Sánchez de la Torre e I. Hoyo Sierra (Eds.), *Fundamentos de conocimiento jurídico. Principios del Derecho I* (pp. 265-292). Madrid: Dykinson.
- Schünemann, B. (1996). *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Universidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- Schünemann, B. (2002). *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos.
- Serrano Tárraga, M., Serrano Maíllo, A., & Vásquez Gonzáles, C. (2009). *Tutela penal ambiental*. Madrid: Dykinson.
- Silva Sánchez, J. (2006). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2.ª ed.). Buenos Aires: Montevideo.
- Tejada Gurmendi, J. (2014). Régimen Legal de la Titulación Minera en el Perú: Análisis del Procedimiento Ordinario Minero para la obtención del Título de Concesión Minera y de los Procedimientos Administrativos Regulados por el TUO de la Ley General de Minería vinculados a la Titulación de Concesiones Mineras por Exploración y Explotación. *Revista Derecho y Sociedad*, (42), 289-310.
- Valverde Luna, V., & Collantes Añaños. D. (2017). Alcances para una respuesta jurídica integral al comercio ilegal de oro. *IUS ET VERITAS*, (55), 128-151.

Vílchez Chinchayán, R. (2018). *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*. Lima: Palestra Editores.

Zúñiga Rodríguez, L. (2001). *Política criminal*. Madrid: Colex.

# EL DELITO DE FINANCIAMIENTO DE LA MINERÍA ILEGAL

Miguel Ángel Córdova Santos<sup>79</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. Alcances de la figura delictiva, 3. Tipicidad objetiva, 4. Formas imperfectas de ejecución, 5. Tipicidad subjetiva, 6. Penalidad, 7. Conclusiones, 8. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

De forma general, una conducta que financie o provea de medios económicos suficientes la ejecución de hechos delictivos podría considerarse una forma de participación, no de autoría, pues esta última calidad jurídica es atribuida al ejecutor material del ilícito. Sin embargo, a partir de la descripción legal del artículo 307-C del Código Penal, apreciamos que el financista de la minería ilegal o de sus modalidades agravadas no es considerado como un partícipe (instigador o cómplice), sino que se le atribuye la condición de autor, pues el legislador considera que con su conducta contribuye significativamente a la puesta en peligro y/o lesión del medio ambiente equilibrado y adecuado (bien jurídico protegido).

Es inevitable reflexionar sobre la ausencia de esta figura delictiva conjuntamente con la minería ilegal en el texto original del Código Penal de 1991, pues recién en el año 2012, mediante Decreto Legislativo n.º 1102, fueron incluidas dentro del catálogo de delitos con la finalidad de contar con mecanismos normativos sustantivos que permitan la persecución de estas especiales formas de criminalidad de naturaleza pluriofensiva. No podemos olvidar que, actualmente, estas figuras delictivas también se encuentran vinculadas con la criminalidad organizada y con la comisión de diferentes ilícitos violentos en nuestra sociedad (sicariato, trata de personas, explotación sexual, esclavitud, tráfico ilícito de drogas, tenencia ilegal de armas de fuego, lavado de activos, etc.).

Asimismo, es necesario señalar que sobre el delito de minería ilegal (artículo 307-A) y sus formas agravadas (artículo 307-B) existe material doctrinario y pronunciamientos jurisprudenciales significativos; sin embargo, no ocurre lo mismo con relación a sus delitos conexos (artículo 307-C, 307-D, 307-E), pues hasta la fecha no han merecido algún pronunciamiento relevante en las instancias superiores de la administración de justicia. Por ello, para nosotros, constituye un verdadero privilegio y distinción que, dentro de esta obra colectiva, se nos haya considerado para elaborar el presente

<sup>79</sup> Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque. Máster en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la misma casa superior de estudios. Fiscal adjunto provincial titular de la Segunda Fiscalía Provincial Especializada de Prevención del Delito de Chiclayo con competencia en materia ambiental.



artículo y realizar el análisis dogmático del tipo penal de financiamiento de minería ilegal, previsto en el artículo 307-C del Código Penal.

## 2. ALCANCES DE LA FIGURA DELICTIVA

La descripción de la conducta prevista y sancionada en el artículo 307-C del Código Penal es la siguiente: «El que financia la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A o sus formas agravadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de doce años y con cien a seiscientos días-multa».

El Código Penal original de 1991 no había tipificado figura delictiva alguna que contemplara sanciones penales para las diferentes conductas relacionadas con actividades mineras que operaban sin autorizaciones de la entidad administrativa competente y que, además, causaban daño al ambiente o a sus componentes. Recién, el 29 de febrero del 2012 se publicó el Decreto Legislativo n.º 1102<sup>80</sup>, que incorporó en nuestro catálogo de delitos el tipo penal básico de minería ilegal (artículo 307-A), sus formas agravadas (artículo 307-B) y delitos conexos, como el financiamiento de la minería ilegal (307-C), la obstaculización de la fiscalización administrativa (307-D) y el tráfico de insumos químicos y maquinarias destinados a la minería ilegal (307-E), lo que se incluyó el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal.

La finalidad de estas incorporaciones en nuestro sistema jurídico penal, según la propia exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1102, obedecía a contar con mecanismos normativos sustantivos y procesales que permitan la persecución de estas especiales formas de criminalidad de naturaleza pluriofensiva, como es la minería ilegal en sus diversas modalidades. Entonces, a partir de la entrada en vigencia de la norma antes mencionada, el Ministerio Público, a través de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental (FEMA) o de las Fiscalías Especializadas de Prevención del Delito (en aquellos distritos fiscales en donde no existía FEMA), se encontró habilitado normativamente para disponer acciones de prevención e investigación<sup>81</sup> en contra de las personas que realicen, financien o faciliten la ejecución de actividades relacionadas con la minería al margen de la ley, que generen o puedan causar impacto lesivo al orden medioambiental, la calidad ambiental o la salud ambiental.

---

80 El Decreto Legislativo en mención entró en vigor a los quince días de su publicación en el Diario Oficial *El Peruano*, y, conforme indica Prado Saldarriaga (2021), forma parte del marco legal esencial que se ha diseñado para prevenir y controlar la minería ilegal, al cual se le suman los siguientes decretos legislativos: Decreto Legislativo n.º 1100, del 18 de febrero del 2012, que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la república y establece medidas complementarias; Decreto Legislativo n.º 1101, del 28 de febrero del 2012, que establece medidas para el fortalecimiento de la fiscalización ambiental como mecanismo de lucha contra la minería ilegal; Decreto Legislativo n.º 1105, del 18 de abril del 2012, que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal; Decreto Legislativo n.º 1293, del 29 de diciembre del 2016, que declara de interés nacional la formalización de las actividades de la pequeña minería y minería artesanal; Decreto Legislativo n.º 1336, del 5 de enero del 2017, que establece disposiciones para el proceso de formalización de minería integral; Decreto Legislativo n.º 1351, del 6 de enero del 2017, que modificó el artículo 307-A del Código Penal, artículo que tipifica y sanciona el delito de minería ilegal (pp. 417-418).

81 Actualmente, el artículo 6 del Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental, aprobado mediante resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 435-2020-MP-FN, del 24 de febrero del 2020, prescribe que dichas fiscalías especializadas tienen competencia para conocer acciones de prevención e investigación de los delitos ambientales tipificados en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal y los delitos relacionados en materia ambiental en cualquier de sus modalidades, incluyendo los cometidos por organizaciones criminales, conforme a la Ley n.º 30077.



No es un detalle menor que el ilícito penal de minería ilegal, sus formas agravadas y delitos conexos (financiamiento de minería ilegal y otros) se encuentren comprendidos en el listado de delitos a los cuales les resulta aplicable la Ley n.º 30077, **Ley Contra el Crimen Organizado**<sup>82</sup>, pues con las ingentes ganancias obtenidas ilícitamente, además de socavar las bases de nuestra economía nacional, se brindan las condiciones favorables para la presencia de organizaciones criminales y la comisión de diferentes ilícitos violentos en nuestra sociedad (sicariato, trata de personas, explotación sexual, esclavitud, tráfico ilícito de drogas, tenencia ilegal de armas de fuego, lavado de activos, etc.).

### 3. TIPICIDAD OBJETIVA<sup>83</sup>

#### 3.1. SUJETO ACTIVO

El artículo 307-C del Código Penal prescribe que «El que financia la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A o sus formas agravadas, será reprimido con pena privativa (...)». De la literalidad de la norma citada, advertimos que estamos ante un tipo penal común y, por tanto, el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona que financie la comisión de las diferentes modalidades de minería ilegal, pues no se requiere de alguna característica especial descrita expresamente para definir al autor del hecho punible. Al respecto, Peña Cabrera (2017) nos indica:

No se está ante un acto típico de financiamiento de minería ilegal, aquel que compra el mineral, producto de una extracción ilegal; estamos ante un comportamiento muy alejado a lo que se pretende penalizar en este articulado. El financista es quien viabiliza que la minería ilegal pueda subsistir, en cambio la compra del mineral (oro, mercurio, etc.), toma lugar en un estadio post consumativo del art. 307 – A del CP, por ende, impune, a menos que el comprador ejecute a su vez una de las conductas previstas en el artículo mencionado (...). (p. 272)

Debemos agregar que el sujeto activo del delito analizado, el financista, no participa en la ejecución de los actos materiales que comprenden el delito de minería ilegal (exploración, extracción, explotación u otros similares) o sus formas agravadas, pues, de hacerlo, ya no corresponde imputar la autoría del tipo penal de financiamiento, sino directamente alguna forma de autoría del delito de minería ilegal, aunque en términos prácticos, se podrían presentar ciertas incongruencias, pues este último

82 Artículo 3 de la Ley n.º 30077, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1244: «La presente Ley es aplicable a los siguientes delitos: 15. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E, 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal».

83 En la estructura de la tipicidad, como indica García Caveró (2019), en primer lugar, usualmente, se analiza el aspecto objetivo y luego la tipicidad subjetiva, esto no exclusivamente por razones pedagógicas, sino atendiendo a que: «El juicio sobre la relevancia penal de una conducta empieza por el lado objetivo y se complementa con el lado subjetivo, pues es claro que la perturbación social se inicia con el hecho externo y solo alcanza a ser una infracción de la norma con la determinación del tipo subjetivo. En consecuencia, es la relevancia objetiva la que marca los límites de la tipicidad que luego se encarga de circunscribir de manera más precisa la parte subjetiva» (pp. 406-407).

delito ha previsto una sanción abstracta menor que la pena contemplada para el delito de financiamiento.

Según las disposiciones contenidas en los artículos 23, 24 y 25 de la parte general del Código Penal, nuestro ordenamiento jurídico penal opta por la tesis diferenciadora del concepto de autor, es decir, aquella persona que realiza por sí el hecho punible es considerada autor; en tanto, aquellas personas que dolosamente determinan la realización del ilícito o prestan auxilio para su realización son considerados partícipes (instigador y cómplices respectivamente). En ese orden de ideas, de forma general, una conducta que financie o provea de medios económicos suficientes para la ejecución de hechos delictivos podría considerarse una forma de participación, no de autoría, pues esta última calidad jurídica es atribuida al ejecutor material del ilícito; sin embargo, por cuestiones de política criminal, conforme a la redacción del artículo 307-C del Código Penal, aquella persona que financie la minería ilegal o sus modalidades agravadas no será considerado como un partícipe (instigador o cómplice), sino que de conformidad con el principio de legalidad<sup>84</sup>, se le atribuye la condición de autor.

Es decir, se ha otorgado autonomía al tipo penal de financiamiento de la minería ilegal, siendo que al tratarse de un delito de dominio del hecho<sup>85</sup>, le resultan aplicables las reglas de la autoría y participación. En otras palabras, es posible atribuir la autoría directa a aquella persona que realiza por sí misma la provisión de recursos económicos destinados a la consumación de la minería ilegal; también se podrá imputar la autoría mediata a la persona de atrás que utiliza a un «instrumento» para financiar la comisión del delito antes indicado. Asimismo, de presentarse el dominio funcional y el aporte de financiamientos conjuntos, podríamos estar ante un supuesto de coautoría. Y con relación a las formas de participación, también puede presentarse en el delito analizado para aquellas personas que dolosa y directamente provocan en el autor la resolución delictiva (instigación) de solventar con recursos económicos los actos de minería ilegal; y de la misma forma, también sería reprochable penalmente la conducta de aquellas personas que, respectivamente, presten auxilio de modo significativo o accesorio en la realización del hecho punible (complicidad primaria o secundaria).

---

84 A nivel constitucional, nuestra norma fundamental contempla el principio de legalidad en su artículo 2, numeral 24, literal d, con el siguiente tenor: «(...) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». En nuestro sistema punitivo, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal también contempla dicho principio al prescribir que «Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella».

85 En este tipo de delitos, el agente cuenta con dominio, capacidad o poder para decidir sobre la ejecución del ilícito. Al respecto, Alcócer Povis (2018) concluye lo siguiente: «Solo quien tiene el dominio del hecho puede controlar el curso del suceso típico (él puede decidir continuar o no el desarrollo del plan criminal). De esta manera, es autor quien ejecuta por su propia mano los elementos del tipo, también lo es quien utiliza a otro como intermediario (dominio de la voluntad) y quien toma la decisión criminal de modo conjunto y realiza un aporte relevante para su realización (dominio funcional del hecho)» (pp. 209-210).

### 3.2. SUJETO PASIVO

El Estado, en su condición de titular del bien jurídico protegido (ambiente equilibrado y adecuado), es el sujeto pasivo del delito, y es representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente.

### 3.3. MODALIDAD TÍPICA

El comportamiento típico descrito en el artículo 307-C del Código Penal, en términos sencillos, se encuentra relacionado con el financiamiento o la provisión necesaria de recursos para ejecutar los actos materiales que comprenden el delito de minería ilegal (exploración, extracción, explotación u otros similares), o sus formas agravadas; sin embargo, parafraseando a Kabsther Berríos (2016), debemos observar que el artículo analizado no delimita cuáles son las conductas comprendidas como actos de financiamiento, correspondiendo a la doctrina y a la jurisprudencia realizar la interpretación dogmática. El mismo autor expone la siguiente posición:

Si partimos de una interpretación literal, el financiamiento es toda forma de aporte económico destinado a un fin específico (...). En ese sentido, es importante dejar en claro que, en el capítulo destinado a los delitos de minería ilegal en el Código Penal, el aporte de maquinarias o insumos químicos se encuentra tipificado como delito en el art. 307-E, por lo que este tipo de aportes no pueden ser considerados como actos de financiamiento. El concepto de actos de financiamiento se reduce a aquellos aportes netamente dinerarios (...) puesto que el Código Penal distingue los aportes de insumos químicos y/o maquinaria como figura típica independiente. (p. 6)

En el mismo orden de ideas, Peña Cabrera (2017) afirma:

La modalidad típica hace alusión a actos de financiación, lo cual importa en principio contribuir económicamente a una determinada causa, proveer de fondos suficientes para que se pueda conseguir un determinado fin; en las enciclopedias se dice que financiar implica un acto de dotar de dinero y de crédito a una empresa, organización o individuo, es decir, conseguir recursos y medios de pago para destinarlos a la adquisición de bienes y servicios, necesarios para el desarrollo de las correspondientes actividades económicas; acá se aprecia el desvalor de la conducta, que la contribución de fondos, sea para posibilitar que se cometa el delito de minería ilegal, es decir lo que se reprime con pena, es el fomento, impulso o favorecimiento de estas actividades ilícitas. (pp. 271-272)

El autor Huamán Castellares (2014), citado por Chayña Aguilar y Palomino Manzano (2016), discrepa de las posiciones antes expresadas y manifiesta:

El financiamiento no debe ser entendido, exclusivamente, como el otorgamiento de dinero hacia quien realiza la actividad ilegal. Por el contrario, es posible considerar que cualquier aporte de activos para la realización del acto de Minería Ilegal podrá ser considerado una especie de financiamiento. Por ejemplo, la entrega de maquinarias para la actividad minera, la entrega de insumos químicos para la separación del mineral, la entrega de herramientas menores para la extracción, entre otros supuestos de entrega de activos a favor del minero ilegal. (p.106)

Al respecto debemos indicar que semánticamente financiar significa «aportar dinero» o «sufragar gastos»<sup>86</sup>; además, consideramos que la interpretación del verbo rector previsto en el artículo 307-C no puede realizarse de forma aislada a lo regulado en los demás artículos del Código Penal, especialmente a los tipos penales contemplados en el mismo título. Siendo así, por criterios semánticos y sistemáticos, nosotros concluimos que el financiamiento debe entenderse exclusivamente como la provisión de recursos o fondos económicos destinados a la minería ilegal o sus formas agravadas; por consiguiente, aquellos aportes de insumos químicos, maquinarias u otras herramientas para favorecer los actos de minería ilegal deben ser analizados en observancia del principio de legalidad<sup>87</sup>. Aquello, con el fin de advertir si en cada caso concreto se ha configurado algún verbo rector establecido en el delito de tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a la minería ilegal (artículo 307-E)<sup>88</sup> o si, en su defecto, estamos ante un supuesto de participación (complicidad primaria o secundaria) del delito principal o sus modalidades agravadas.

### 3.4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Debemos recordar que el delito de minería ilegal, sus formas agravadas y los tipos penales conexos, como el financiamiento, han sido incluidos en el título de los delitos ambientales, y evidentemente, el bien jurídico tutelado por esta figura conexa no puede desligarse del ámbito de protección del tipo penal principal de minería ilegal.

86 *Diccionario de la lengua española*. «Financiar: 1. Aportar el dinero necesario para el funcionamiento de una empresa. 2. Sufragar los gastos de una actividad, de una obra, etc.».

87 El principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal d, inciso 24), artículo 2 de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea «expresa e inequívoca» (Lex certa). Sentencia recaída en el Expediente n.º 0010-2002-AI/TC, de fecha 3 de enero del 2003, f.45.

88 «Artículo 307-E.- Tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a minería ilegal. El que, infringiendo las leyes y reglamentos, adquiere, vende, distribuye, comercializa, transporta, importa, posee o almacena insumos químicos, con el propósito de destinar dichos bienes a la comisión de los delitos de minería ilegal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa. El que adquiere, vende, arrienda, transfiere o cede en uso bajo cualquier título, distribuye, comercializa, transporta, importa, posee o almacenas maquinarias, a sabiendas de que serán destinadas a la comisión de los delitos de minería ilegal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa».

En ese contexto, resulta relevante citar el pronunciamiento de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la Casación n.º 464-2016-PASCO, que en su fundamento decimoprimerero ha precisado:

El objeto de protección del delito de minería ilegal es precisamente **la protección del ambiente equilibrado y adecuado**. El legislador ha creado este tipo para reprimir las acciones mineras no autorizadas que afectarán al medio ambiente o a sus componentes, la calidad o la salud ambientales. Por medio ambiente o sus componentes, se entiende al conjunto de elementos que conforman un ecosistema determinado, cuya normalidad se ve alterada por la acción, la misma que no necesariamente se encuentra vinculada a una acción de contaminación ambiental, sino que puede implicar una afectación a un paisaje, por ejemplo. La actividad minera, por sí sola, es una actividad económica lícita y permitida bajo el cumplimiento de ciertos parámetros. En cambio, la actividad minera practicada fuera de parámetros legalmente establecidos podrá considerarse ilícita<sup>89</sup>. (El énfasis es nuestro)

En un Estado constitucional de derecho, la persona humana, en mérito a su naturaleza y dignidad, es titular de aquellos bienes esenciales o fundamentales (vida, libertad, igualdad, propiedad, acceso a la justicia, etc.), denominados derechos humanos<sup>90</sup>, que le permiten alcanzar su plena realización y que deben ser respetados por los gobernantes y gobernados. Uno de estos bienes esenciales es **el ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida** (contemplado en el artículo 2, inciso 22 de la Constitución) y tutelado por el derecho penal a través de los tipos penales ambientales (en donde se encuentran incluidos los delitos de minería ilegal y el financiamiento de esta actividad ilícita).

El Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 0048-2004-AI/TC, con relación al objeto de protección de estas figuras penales ha indicado:

En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1º de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Pero, también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve.

89 Casación n.º 464-2016-PASCO, de fecha 21 de mayo del 2019, fj. 11. En este fundamento, se citó a Huamán Castellares (2014, p. 427).

90 El autor Pérez Luño (1991) sostiene que la expresión derechos fundamentales sirve para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales (p. 31). En esa misma línea de pensamiento, Eto Cruz (2011) afirma que los derechos fundamentales representan la concreción en el ámbito nacional de los derechos humanos (pp. 118-119).

El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente<sup>91</sup>. (El énfasis es nuestro)

## 4. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

El financiamiento de la minería ilegal es un delito de mera actividad<sup>92</sup>; es decir, para su consumación no se requiere constatar un resultado. Por tanto, el tipo penal quedará perfeccionado con el otorgamiento de los recursos económicos suficientes para solventar las actividades de minería ilegal o sus formas agravadas, independientemente de si los ilícitos financiados llegaran a materializarse. Dicho de otro modo, el delito analizado se considera consumado y debe ser sancionado, aun cuando los autores materiales de la minería ilegal no ejecuten su delito, se desistan del mismo o su actividad ilícita quede en grado de tentativa.

En el mismo sentido, Peña Cabrera (2017) sostiene:

Su materialidad típica no está condicionada a que los miembros de la organización dedicada a la minería ilegal empleen dichos recursos económicos en la perpetración de un típico de dicha ilicitud penal; ni siquiera que se da inicios a los actos ejecutivos del mismo, basta con que se acredite que dichos recursos financieros han llegado a las arcas de la organización para dar por consumado el ilícito penal en cuestión. Eso sí, el agente debe saber que está financiando a estas estructuras criminales, cuya finalidad es de cometer actos de minería ilegal; si es que el aparato criminal (minería ilegal) utiliza el dinero para cometer un delito común, igual el hecho punible se habrá perfeccionado, siendo lo único relevante la conducta que emprende el financista, contenido de desvalor a la presente recriminación. (p. 273)

Es importante precisar que el financiamiento penalmente relevante debe corresponder a una entidad suficiente para alcanzar el perfeccionamiento delictivo, pues si la contribución económica objetivamente no resulta significativa para solventar los planes delictivos de la minería ilegal o sus formas agravadas, no debería merecer sanción penal.

91 Sentencia recaída en el Expediente n.º 0048-2004-AI/TC, de fecha 1 de abril del 2005, fj. 17.

92 «Los delitos de mera conducta (en contraposición a los delitos de resultado) se consuman con la sola realización de la acción (...) o de la omisión (...), sin que sea necesario constatar un resultado temporal y espacialmente separado de la conducta (...). La importancia de esta diferenciación de los tipos penales se encuentra fundamentalmente en el nivel de la imputación objetiva, pues la consumación del delito de mera conducta se producirá con la sola creación del riesgo prohibido, mientras que en el caso de los delitos de resultado se exigirá, además, la imputación objetiva del resultado» (García Caveró, 2019, p. 399).

Finalmente, con relación al momento del financiamiento, el autor Kabsther Berríos (2016) considera que este necesariamente debe ser realizado con anterioridad al delito de minería ilegal, no importando la cercanía del aporte con el momento de la comisión del delito, pues cualquier suma de dinero entregada con posterioridad a la comisión del delito de minería ilegal no deberá ser entendida como un acto de financiamiento. Al respecto, nosotros consideramos que la provisión de recursos económicos podría realizarse en diferentes etapas (de forma única, sucesiva, permanente, periódica, etc.) antes o también durante la ejecución de las actividades de exploración, extracción, explotación u otro similar, en el que se requiera de dichos fondos económicos para la continuidad de los actos criminales de minería ilegal o sus formas agravadas. Evidentemente, dicho financiamiento no podría presentarse en una etapa postconsumativa o en fase de agotamiento del delito de minería ilegal, pues como se indicó anteriormente, aquella persona que compra el mineral metálico o no metálico no puede ser considerada autor del delito de financiamiento de minería ilegal.

## 5. TIPICIDAD SUBJETIVA

En el examen de la imputación subjetiva<sup>93</sup>, advertimos que estamos ante un delito doloso, esto significa que el financista debe conocer que está destinando sus recursos económicos para la ejecución de los actos materiales que comprenden el delito de minería ilegal (exploración, extracción, explotación u otros similares) o sus formas agravadas. En caso de no existir dolo en la conducta imputada al «financista», no corresponderá criminalizar su comportamiento, pues este delito no contempla modalidad culposa.

El delito de financiamiento de la minería ilegal, además del dolo (conocimiento y voluntad), no requiere un elemento subjetivo de tendencia interna como el ánimo de lucro u otra clase de finalidad ulterior perseguida por el financista, pues conforme indica Peña Cabrera (2017):

No resultando predicable, la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, solo la conciencia del riesgo jurídicamente desaprobado (típico), el cual no tiene que alcanzar un alto grado de probabilidad de que el delito de minería ilegal haya de cometerse con toda seguridad. Si es que el financista está convencido de que el dinero que aporta es para la comisión del tipo base de minería ilegal, pero este es cometido en zonas no permitidas para el desarrollo de la actividad minera, el juzgador ha de tomar en cuenta dicha circunstancia, al momento de la determinación de individualización de la pena. (p. 273)

93 «El principio de imputación subjetiva, llamado también de responsabilidad subjetiva o principio de dolo o culpa —que es tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad (...)— considera insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal, por lo que resultará necesario averiguar si se le puede imputar a dicho autor la producción del resultado, ya sea a título de dolo o imprudencia (culpa). De esta forma, queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, responsabilidad sin culpa o *versari in re illicita*» (Villegas Paiva, 2017, pp. 225 -226).

En el mismo sentido, Kabsther Berríos (2016) refiere:

La construcción típica del delito de financiamiento de la minería ilegal no contiene ninguna inclusión de una finalidad adicional y distinta al dolo, por lo que lo lógico es deducir que no estamos ante un delito de tendencia interna trascendente. Distinta sería la situación si a la conducta “financiar la comisión de los delitos previsto en el artículo 307°-A o sus formas agravadas” se le suma la fórmula “con la finalidad de obtener una ventaja económica posterior” o con cualquier tipo de propósito adicional al dolo ya plasmado en el tipo penal, lo que conllevaría a que en un proceso penal se deba probar la finalidad ulterior al dolo. (p. 10)

## 6. PENALIDAD

ARTÍCULO DEL CÓDIGO PENAL	307-A	307-B	307-C
TIPO PENAL	Minería ilegal	Formas agravadas de la minería ilegal	Financiamiento de la minería ilegal
PENA ABSTRACTA	Pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa.	Pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa	Pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de doce años y con cien a seiscientos días-multa.

El autor del delito de financiamiento de la minería ilegal será sancionado con pena privativa de libertad dentro de un marco punitivo ubicado desde los cuatro hasta los doce años, y con cien a seiscientos días-multa; resultando evidente la desproporción con el delito base (minería ilegal), cuya pena se ubica entre cuatro a ocho años de pena privativa de libertad, cuyas formas agravadas poseen extremos de sanción penal que se ubican entre los ocho y diez años.

De esto se infiere que, según nuestros legisladores, la conducta del financista merece mayor reproche que el comportamiento desplegado por los autores materiales del delito de minería ilegal y sus formas agravadas, lo cual supone dejar de lado los principios de proporcionalidad, razonabilidad y culpabilidad.



## 7. CONCLUSIONES

1. La incorporación de los delitos de minería ilegal, sus formas agravadas y delitos conexos, como el financiamiento de la minería ilegal en el Código Penal, ha perseguido como finalidad contar con mecanismos normativos sustantivos que permitan la persecución de estas especiales formas de criminalidad de naturaleza pluriofensiva.
2. Conforme a la redacción del artículo 307-C del Código Penal, aquella persona que financie la minería ilegal o sus modalidades agravadas no será considerada como un partícipe (instigador o cómplice), sino que se le atribuirá la condición de autor.
3. El financiamiento debe entenderse exclusivamente como la provisión de recursos o fondos económicos destinados a la minería ilegal o sus formas agravadas; por lo tanto, no se subsume dentro de este tipo penal la asignación de maquinarias, herramientas o insumos químicos.
4. El bien jurídico tutelado del delito de financiamiento de la minería ilegal es la protección del ambiente equilibrado y adecuado, el cual constituye un derecho fundamental de las personas (contemplado en el artículo 2, inciso 22 de la Constitución).
5. El financiamiento de la minería ilegal es un delito de mera actividad; es decir, el tipo penal quedará perfeccionado con el otorgamiento de los recursos económicos suficientes para solventar las actividades de minería ilegal o sus formas agravadas, independientemente de si los ilícitos financiados llegaron a materializarse.
6. En el examen de la imputación subjetiva, advertimos que estamos ante un delito doloso: esto significa que el financista debe conocer que está destinando sus recursos económicos para la ejecución de los actos materiales que comprenden el delito de minería ilegal (exploración, extracción, explotación u otros similares) o sus formas agravadas.
7. La pena prevista para el delito de financiamiento de la minería ilegal es superior a la contemplada para el delito base de minería ilegal y sus formas agravadas, lo cual consideramos que está vulnerando los principios de proporcionalidad, razonabilidad y culpabilidad.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Alcócer Povis, E. (2018). *Introducción al derecho penal. Parte general*. Lima: Jurista Editores.
- Chayña Aguilar, L., & Palomino Manzano, M. (2016). *El delito de minería ilegal*. Lima: Grijley.
- Eto Cruz, G. (2011). *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: ADRUS.
- García Caveró, P. (2019). *Derecho Penal. Parte general* (3.ª ed.). Lima: Ideas.
- Huamán Castellares, D. (2014). El delito de minería ilegal: principales aspectos sustantivos sobre el tipo base y sus agravantes. En J. Hurtado (Dir.) y F. Mendoza (Coord.), *Temas de Derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de derecho penal 2013-2014* (pp. 423-445). Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Kabsther Berríos, B. (2016). Análisis dogmático del delito de financiamiento de la minería ilegal. *Sapere. Revista Virtual*. <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/SP/article/view/913>
- Peña Cabrera, A. (2017). *Los delitos contra el medio ambiente* (2.ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Pérez Luño, A. (1991). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2021). *Derecho Penal. Parte Especial. Una introducción en sus conceptos fundamentales*. Lima: Instituto Pacífico.
- Villegas Paiva, E. (2017). *Cómo se aplica realmente la teoría del delito. Un enfoque a partir del análisis de los casos jurisprudenciales*. Lima: Gaceta Jurídica.

## CAPÍTULO III

# **DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES**

---

# DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE ESPECIES ACUÁTICAS DE LA FLORA Y FAUNA

Silvia Carolina Rumiche<sup>94</sup>

**Sumario:** 1. Introducción, 2. Cuestiones preliminares, 3. Análisis del delito de tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre, 4. Análisis de las formas agravadas del tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre, 5. Conclusiones, 6. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

El Perú es uno de los países megadiversos del mundo: alberga en sus aguas marítimas y continentales miles de especies de peces, moluscos y crustáceos, así como un gran número de mamíferos, cetáceos y algas, conforme dan cuenta muchos estudios científicos e instituciones públicas y privadas. Sin embargo, esta enorme riqueza se ha convertido en blanco de una serie de ataques, enfrentándola a la amenaza de la depredación y riesgo de extinción de sus especies debido a, entre otras causas, la sobreexplotación, situación que ha obligado al Estado peruano —en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 66— a imponer un cúmulo de medidas para regular su aprovechamiento sostenible y, así, evitar su desaparición.

No obstante ello, y ante el incremento del tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre —entre estas, especialmente las acuáticas—, a partir del año 2008, se incluyó en el Código Penal, el tipo penal de tráfico ilegal de especies acuáticas protegidas por la legislación nacional, el cual fue modificado en el año 2015 contemplándose una forma simple en el artículo 308-A, en el que se incluyen todo tipo de especies acuáticas silvestres; y varios supuestos agravados, en el artículo 309, en el que se contempla la protección de especies con un mayor grado de amenaza o por provenir de áreas naturales protegidas (ANP), por usar medios o aparejos más letales o contaminantes, o por la condición que posee el agente activo.

Como bien lo señala el *Sexto informe nacional sobre diversidad biológica* (Ministerio del Ambiente [Minam], 2019), la pesquería es una de las principales actividades económicas de nuestro país; dentro de esta, la pesca marítima es la que más se ha desarrollado —y esta se sustenta de manera tradicional en la pesca de recursos pelágicos como la anchoveta (*Engraulis ringens*), el jurel (*Trachurus murphy*) y la caballa (*Scomber japonicus*)—, seguida de la acuicultura. La pesquería continental se realiza principalmente en los ríos y cochas de la Amazonía, en algunas lagunas de los

<sup>94</sup> Abogada por la Universidad de Piura. Máster en Políticas, Legislación y Gestión Ambiental por la Universidad Paulo Freyre de Nicaragua. Fiscal provincial especializada en materia ambiental de Piura.

Andes y de la selva alta, y en el lago Titicaca. Aunque existe muy poca información respecto al aprovechamiento de especies acuáticas de la flora, el caso más saltante es el de las macroalgas.

El desarrollo indiscriminado de actividades extractivas de nuestras especies acuáticas y su consecuente comercialización nos enfrenta no solo a la comisión de infracciones administrativas, sino también a la comisión de ilícitos para cuya distinción no se han fijado criterios de desvalor. Siendo conscientes de la frondosa normativa en la materia —que hace aún más difícil el trabajo de quienes estamos involucrados en la lucha contra los crímenes ambientales—, nos planteamos como objetivo analizar cada uno de los elementos que componen el tipo penal de tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre, y sus formas agravadas, con la finalidad de que tal análisis pueda ser utilizado como una herramienta útil y orientadora en la investigación de esta modalidad delictiva.

Para ello, en primer lugar, se hace una breve referencia al marco constitucional y a las principales y más importantes normas de carácter nacional que regulan esta actividad, así como a las de carácter internacional que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que deben tomarse en cuenta en la protección de las especies acuáticas. Seguidamente —y conforme lo exige la técnica legislativa del tipo penal en blanco—, con la finalidad de identificar con mayor claridad los supuestos de hecho comprendidos en la norma penal, se hace un análisis de cada uno de los elementos que configuran el tipo penal de tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre, y sus formas agravadas, haciendo referencia a las normas administrativas que regulan esta actividad, así como a una serie de definiciones de carácter técnico que permitan una adecuada subsunción de los hechos investigados, para orientar nuestros esfuerzos en la investigación de este delito.

## 2. CUESTIONES PRELIMINARES

### 2.1. MARCO NORMATIVO

Antes de iniciar el análisis planteado, considero pertinente hacer una breve referencia al marco normativo que regula esta actividad económica, pues es importante conocer cuál es la forma de acceso o de aprovechamiento de nuestros recursos naturales y cómo debe realizarse dicho aprovechamiento para garantizar su sostenibilidad.

En ese sentido, en los artículos 66 y 67 de nuestra Constitución Política queda claro que los recursos naturales son patrimonio de la nación y que le corresponde al Estado la regulación de su aprovechamiento, la promoción de la conservación de la diversidad biológica, así como de las ANP. El artículo 3 de la Ley n.º 26821, «Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales», del 26 de junio de 1997, determina como diversidad biológica a las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas y los recursos genéticos: la regulación de cada uno de estos componentes se efectúa por medio de leyes especiales en la materia.

En este sentido y conforme al objetivo del artículo en concreto, debemos considerar que el aprovechamiento y la conservación de especies acuáticas de la flora y la fauna

silvestre se rigen por varias normas especiales, como la Ley General de Pesca<sup>95</sup> y su Reglamento<sup>96</sup>, los que a su vez remiten para determinadas especies acuáticas a los Reglamentos de Ordenamiento Pesquero, como es el caso de la anchoveta<sup>97</sup>, los recursos invertebrados marinos bentónicos<sup>98</sup>, atún y especie afines<sup>99</sup>, jurel y caballa<sup>100</sup>, merluza<sup>101</sup>, anguila<sup>102</sup>, calamar gigante o pota<sup>103</sup>, bacalao de profundidad<sup>104</sup> y de la región Tumbes<sup>105</sup> o de la Amazonía peruana<sup>106</sup>, y de macroalgas<sup>107</sup>. Para el caso de la actividad acuícola, es aplicable la Ley General de Acuicultura<sup>108</sup> y su Reglamento<sup>109</sup>.

También deberá observarse el Reglamento para la Gestión Forestal y el Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre, aprobados mediante Decreto Supremo n.º 018-2015-MINAGRI y Decreto Supremo n.º 019-2015-MINAGRI<sup>110</sup> respectivamente, porque en estos se contemplan la vegetación acuática emergente y ribereña, y especies acuáticas distintas de los anfibios. Además, deberá considerarse la lista de especies amenazadas reconocidas mediante el Decreto Supremo n.º 043-2006-AG y el Decreto Supremo n.º 014-2014-MINAGRI.

Finalmente, en el marco normativo también resultan de observancia obligatoria los convenios y tratados internacionales ratificados por nuestro país respecto a la protección y conservación de especies de la flora y fauna silvestre, los cuales incluso permiten categorizar las especies allí contenidas como especies protegidas, tal como se precisará en la parte pertinente. Entre estos, tenemos el Convenio de Diversidad Biológica (CDB), el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre (Cites), la Convención sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres (CMS) y la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas (CIT).

## 2.2. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN

Además de las normas de carácter nacional e internacional que regulan la actividad pesquera y de protección de especies acuáticas, para quienes realizamos investigación de delitos ambientales, constituye texto de lectura obligatoria el «Protocolo de intervención en las acciones contra el tráfico ilegal y/o depredación de fauna

95 Dada mediante Decreto Ley n.º 25977, publicado el 22 de diciembre de 1992, y fe de erratas, publicada el 25 de diciembre de 1992.

96 Dado mediante Decreto Supremo n.º 012-2001-PE, publicado el 14 de marzo del 2001.

97 Dado mediante Decreto Supremo n.º 005-2017-PRODUCE, publicado el 14 de abril del 2017.

98 Dado mediante Decreto Supremo n.º 018-2021-PRODUCE, publicado el 23 de julio del 2021.

99 Dado mediante Decreto Supremo n.º 032-2003-PRODUCE, publicado el 5 de noviembre del 2003.

100 Dado mediante Decreto Supremo n.º 011-2007-PRODUCE, publicado el 13 de abril del 2007.

101 Dado mediante Decreto Supremo n.º 016-2003-PRODUCE, publicado el 30 de mayo del 2003.

102 Dado mediante Decreto Supremo n.º 013-2011-PRODUCE, publicado el 1 de octubre del 2011.

103 Dado mediante Decreto Supremo n.º 014-2011-PRODUCE, publicado el 5 de octubre del 2011.

104 Dado mediante Resolución Ministerial n.º 236-2001-PE.

105 Dado mediante Decreto Supremo n.º 023-2005-PRODUCE, modificado por los Decretos Supremos n.º 020-2011-PRODUCE y n.º 006-2013-PRODUCE.

106 Dado mediante Resolución Ministerial n.º 147-2001-PE.

107 Dado mediante Decreto Supremo n.º 019-2009-PRODUCE, modificado por el Decreto Supremo n.º 07-2016-PRODUCE, publicado el 15 de junio del 2016.

108 Dada mediante Decreto Legislativo n.º 1195, publicado el 30 de agosto del 2015.

109 Dado mediante Decreto Supremo n.º 003-2016-PRODUCE, publicado el 25 de marzo del 2016.

110 Ambos reglamentos fueron publicados el 30 de setiembre del 2015.

silvestre y especies acuáticas marinas y continentales» del Ministerio Público, aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 1984-2018-MP-FN. Este protocolo tiene entre sus objetivos establecer y estandarizar las actividades, procedimientos y criterios técnicos que permitan desarrollar la programación y ejecución de las intervenciones en las acciones contra el tráfico, ilegal y/o depredación de fauna silvestre y especies acuáticas marinas y continentales.

### 3. ANÁLISIS DEL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE ESPECIES ACUÁTICAS DE LA FLORA Y FAUNA SILVESTRE

#### 3.1. TIPO PENAL

En el artículo 308 A del Código Penal, se señala:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días-multa, el que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta productos o especímenes de especies acuáticas de la flora o fauna silvestre, bajo cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Sin un permiso, licencia o certificado válido.
2. En épocas, cantidades, talla o zona que son prohibidas o vedadas.

#### a. Sujetos

El sujeto activo de este delito resulta ser cualquier persona, sea natural o jurídica, que no requiere contar con ninguna cualidad especial. Nos encontramos, por lo tanto, ante un delito común, en que el sujeto es el Estado, representado en este caso por el procurador público especializado en delitos ambientales del Ministerio del Ambiente.

#### b. Conducta típica

Comprende una serie de actos que forman parte de la cadena del tráfico, actos que se consideran desde el momento en que el o los sujetos hacen suyos los productos o especímenes de especies acuáticas hasta su comercialización, pasando, obviamente, por aquellos actos que buscan y hacen posible su comercio, como el transporte y almacenamiento. Estos actos son la **adquisición, venta, transporte, almacenamiento, importación, exportación y reexportación**, que pueden o no producirse en su totalidad y pueden ser realizadas de manera independiente por distintas personas,

conforme se ha podido advertir durante las investigaciones fiscales: existen personas dedicadas de manera exclusiva a la compraventa de recursos hidrobiológicos en los lugares de desembarque de estos, otras se encargan de prestar únicamente el servicio de transporte y otras se dedican únicamente a su comercialización en los centros de abastos y terminales pesqueros.

No obstante, también ha habido casos en los que una sola persona es responsable de toda la cadena de tráfico —incluida la extracción—. Ellas realizan dicha actividad de manera personal o contratando o valiéndose de otros (responsables de descarga, transporte o comercialización de recursos hidrobiológicos llamados «bahías», estibadores, conductores de vehículos, vendedores, etc.).

En cuanto a la conducta de adquisición, esta incluye cualquier forma o modalidad de hacerse de los productos o especímenes, mientras que el transporte comprende el terrestre, el marítimo y el fluvial. Respecto al almacenamiento, es importante precisar que incluye el que se efectúa en instalaciones ubicadas en lugares distintos del medio o lugar donde se realiza la extracción de especies acuáticas, así como a las embarcaciones pesqueras, puesto que estas no solamente pueden estar autorizadas y equipadas para la actividad extractiva, sino también para el desempeño de actividades relacionadas con esta, tales como el transporte, almacenamiento, refrigeración, congelamiento, incluso procesamiento de recursos y productos hidrobiológicos, conforme está contemplado en la norma administrativa de habilitación sanitaria.

### c. Objeto material del delito

El objeto material de este delito son los **productos y los especímenes de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre**.

En primer lugar, debemos saber que cuando hablamos de especies acuáticas, estamos ante todas aquellas plantas o animales que viven o pasan gran parte o la mayor parte de su vida en el agua, es decir, todas las especies cuyo hábitat puede ser marino (océano) o continental: lacustre (lagos) o fluvial (ríos). Por tanto, respecto a fauna acuática, esta comprende peces, moluscos (con o sin concha, como los caracoles, pulpos, ostras, calamares, almejas, etc.), crustáceos (cangrejos, langostas, camarones, etc.), cnidarios (corales, medusas, anémonas), así como algunos mamíferos (ballenas, delfines, etc.), anfibios (ranas, sapos) y reptiles (tortugas, serpientes). En cuanto a flora acuática, esta incluye algas, mangle y otras.

Según el *Catálogo digital de la biodiversidad acuática del Perú* (Imarpe, 2019), hasta el año 2019, en nuestro país, se había identificado 3853 especies marinas (entre algas, moluscos, crustáceos, peces, aves, reptiles, mamíferos, equinodermos, poliquetos y braquiópodos), más de 2500 peces amazónicos y 71 peces endémicos de aguas continentales altoandinas. Estas cantidades aumentarían significativamente si se sumara la gran diversidad de microorganismos acuáticos que no están siendo considerados.

Respecto a las especies acuáticas, debemos saber que, de conformidad con el artículo 151 del Reglamento de la Ley General de Pesca, estas han sido denominadas «recursos



hidrobiológicos»<sup>111</sup> mientras que los productos son los recursos hidrobiológicos que han sido sometidos a un proceso de preservación o transformación, tales como refrigerados, deshidratados, congelados, salados, marinados, ahumados, envasados, concentrados proteicos, harinas, aceites u otros productos elaborados o preservados, sanitariamente aptos para su consumo y derivados del empleo de tecnologías apropiadas.

Tener claras estas definiciones resulta útil, no solo para efectos de subsunción, sino, además, para determinar cuál será la entidad competente para la emisión del correspondiente informe fundamentado. Queda claro que los denominados recursos hidrobiológicos (peces, crustáceos, moluscos, ballenas, delfines, cachalotes, algas) serán competencia del Ministerio de la Producción (Produce) y las gerencias o direcciones regionales de la producción; mientras que todas las demás especies acuáticas (anfibios, reptiles y otros mamíferos distintos de los cetáceos), conforme se desprende del concepto de fauna silvestre prescrito en el artículo 6<sup>112</sup> del Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre, será competente el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor) o de las gerencias o las direcciones regionales, cuando se hayan transferido funciones —estas también serán competentes para el caso de flora emergente, como los manglares—.

#### **d. Elemento normativo**

##### **d.1 Sin un permiso, licencia o certificado válido**

En principio, y como se ha señalado anteriormente, la actividad pesquera en su fase de comercialización —interna y externa— es libre, es decir, no se requiere de autorización especial para su realización. Sin embargo, con la finalidad de asegurar su sostenibilidad, se exige la acreditación de su origen legal y trazabilidad, para lo cual se emiten documentos. Entre estos, tenemos los siguientes:

- Certificado de acreditación de procedencia y origen legal de productos hidrobiológico con fines de exportación.
- Autorización para la exportación e importación de especies hidrobiológicas vivas con fines de investigación recreación y/o difusión cultural.
- Certificado de origen de especies hidrobiológicas comprendidas en el apéndice III de la Convención Cites.
- Autorización para realizar actividad pesquera de investigación especializada.
- Declaración de extracción y recolección de recursos moluscos bivalvos (DER).
- Certificado de exportación de las especies, productos o subproductos provenientes de la acuicultura.

111 Especies animales y vegetales que desarrollan todo o parte de su ciclo vital en el medio acuático y son susceptibles de ser aprovechadas por el hombre.

112 «(...) especies...» animales no domesticadas, nativas o exóticas, incluyendo su diversidad genética, que viven libremente en el territorio nacional, así como a los ejemplares de especies domesticadas que, por abandono u otras causas, se asimilen en sus hábitos a la vida silvestre, excepto a las especies diferentes a los anfibios que nacen en las aguas marinas y continentales, las cuales se rigen por sus propias leyes».

- Certificado de procedencia de semillas para la acuicultura.
- Certificado Oficial Sanitario de Recursos Hidrobiológicos con fines de importación emitido por el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera (Sanipes).
- Certificado de desembarque de tiburón.
- Certificado de procedencia para especies de flora silvestre, como las machas, entre otros.

## **d.2 En épocas, cantidades, talla o zona que son prohibidas o vedadas**

En este supuesto se incluyen todos aquellos casos en los que si bien no se requiere un documento emitido o validado por la autoridad administrativa, sí se exige el cumplimiento de una serie de condiciones que garanticen el desarrollo sostenible de la actividad pesquera y la conservación de las especies acuáticas, las cuales son definidas en el artículo 151 del Reglamento de la Ley General de Pesca.

### **d.2.1 Vedas**

Son aquellos períodos en los que la autoridad administrativa prohíbe la extracción, procesamiento, transporte y/o comercialización de una especie acuática —o recurso hidrobiológico— por un período de tiempo o en un área determinada.

En nuestro país, estas son aprobadas mediante resoluciones ministeriales emitidas por el Produce, sobre la base de la opinión del Instituto del Mar del Perú (Imarpe), la cual obedece a criterios científico-biológicos.

Las vedas pueden ser parciales o totales (según el territorio), o temporales o permanentes (según su duración); su objetivo específico es proteger especies en peligro de extinción, evitar la captura de ejemplares en tallas juveniles y preservar áreas de reproducción o bancos naturales. En nuestro país, tenemos varias especies acuáticas —marinas y continentales— sujetas a veda. Por ejemplo, a vedas temporales, están sujetas las siguientes especies: camarón de río, tiburón martillo, cangrejo de manglar, concha negra o huequera, lorna, ispi, trucha arcoíris, chanque o toлина, perico o dorado, pejerrey argentino, pejerrey, paiche, boquichico, chita, arahuana, langostino de mar; a vedas permanentes: el pulpo (*Octopus mimus*) en los departamentos de Piura y Lambayeque, la concha de abanico (*Argopecten purpuratus*) cuando proviene de los bancos naturales de la isla Lobos de Tierra (Resolución Ministerial n.º 293-2006-PRODUCE), las machas (*Mesodesma donacium*) en los departamentos de Arequipa, Moquegua y Tacna.

### **d.2.2 Tallas prohibidas**

Cuando se habla de tallas prohibidas, es necesario mencionar dos conceptos: talla mínima de captura (TMC) y porcentajes de tolerancia de captura, en tanto estos se hayan interrelacionados. Conforme al Reglamento de la Ley General de Pesca, la **talla mínima** se define como la longitud o tamaño de los individuos que fija la autoridad competente para cada especie hidrobiológica; por debajo de este tamaño, se prohíbe su extracción, procesamiento, transporte y comercialización. El tamaño o la medida óptima que debe poseer un pez o invertebrado al ser capturado, para asegurar que se haya reproducido o haya alcanzado su madurez sexual (Mar del Perú, 2020), son determinados por el Imarpe sobre la base de criterios científicos (biológico-pesqueros).

El porcentaje de tolerancia representa una cantidad máxima de especies que se encuentran por debajo de la talla mínima de captura establecida y que pueden ser pescadas en forma no previsible ni deseada, incluso cuando son el objetivo de la pesca.

Mediante Resolución Ministerial n.º 209-2001-PE<sup>113</sup>, se establecieron las tallas mínimas de captura —y por tanto, de comercialización—, así como los porcentajes de tolerancia mínima de ejemplares juveniles de los principales peces e invertebrados marinos. Estas medidas se hayan establecidas en centímetros, bajo dos tipos de medición: longitud total y longitud horquilla. Las especies consideradas fueron las siguientes: anchoveta, anguila, ayanque o cachema, barrilete, bereche, bonito, caballa, cabinza, chiri o palometa, coco o suco, cojinova, congrio negro, corvina, jurel, lenguado, lisa, lorna, machete, merluza, pejerrey, perico y tollo, tollo blanco, tollo pintado, albacora, atún aleta amarilla, falso volador, pez espada, robalo, samasa, sardina, tiburón, tiburón azul y tiburón diamante.

Respecto a los invertebrados, se consideraron las tallas mínimas (en centímetros) de la almeja o concha blanca, caracol común, concha de abanico, concha huaquera, concha navaja, concha negra, choro, lapa, macha, erizo verde, cangrejo peludo, navajuela o lapicero o pico de pato, marucha o palabritas; y el pulpo, en cuyo caso se considera el peso como medida: un kilogramo.

Para las especies acuáticas continentales, el Reglamento de Ordenamiento Pesquero de la Amazonía estableció la talla mínima de siete especies de peces amazónicos: paiche, dorado, tigre zúngaro, doncella, gamitana, paco y boquichico.

### ***d.2.3 Zonas prohibidas o reservadas***

Conforme al artículo 12 de la Ley General de Pesca, son aquellas áreas donde se prohíbe la pesca, se establecen tallas mínimas de captura más estrictas o se delimita zonas donde solo se permite el uso de ciertas artes y ciertos métodos de pesca.

### **e. Elemento subjetivo**

Este delito es sancionado a título de dolo, conforme se precisa en el artículo 12 del Código Penal. Esto implica que el autor debe saber que está realizando actos de tráfico de productos o especímenes de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre para los cuales necesita permiso, licencia o certificado que avale el origen u extracción legal, así como su trazabilidad; o saber que dichos productos o especímenes han sido extraídos en épocas, cantidades, tallas y zonas prohibidas.

<sup>113</sup> Esta resolución ministerial fue publicada el 27 de junio del 2001. Posteriormente, fue modificada por sendas resoluciones ministeriales respecto a las tallas de las especies bonito, cabinza, sardina, lisa, anguila, machete de hebra, pampanito, perico, chita, palabritas, concha navaja, cangrejo peludo, chanque y concha pico de pato.

## 4. ANÁLISIS DE LAS FORMAS AGRAVADAS DEL TRÁFICO ILEGAL DE ESPECIES ACUÁTICAS DE LA FLORA Y FAUNA SILVESTRE

El artículo 309 del Código Penal contempla las formas agravadas para los delitos tipificados en los artículos 308, 308-A, 308-B y 308-C, para los que contempla una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, en determinados supuestos. De estos, desarrollaremos los siguientes:

### a. **Cuando los especímenes, productos o recursos genéticos, materia del ilícito penal, provienen de áreas naturales protegidas (ANP) de nivel nacional o de zonas vedadas para la extracción de flora y/o fauna silvestre, según corresponda**

En este supuesto, se busca una mayor sanción para aquellos casos en que los especímenes, recursos genéticos o productos de especies acuáticas provengan de lugares que, por su condición, merecen mayor protección: ANP de nivel nacional o de zonas vedadas para la extracción de flora y/o fauna silvestre.

Conforme a la ley de la materia<sup>114</sup>, las ANP son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluidas sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, por su contribución al desarrollo sostenible del país. Constituyen áreas de nivel nacional las siguientes: parques nacionales, santuarios nacionales, santuarios históricos, reservas paisajísticas, refugios de vida silvestre, reservas nacionales, reservas comunales, bosques de protección y cotos de caza.

Para este caso, poseen especial relevancia las reservas nacionales<sup>115</sup>, obviamente, sin que ello excluya a los especímenes, productos y recursos genéticos provenientes de otras categorías de ANP en las que existen especies acuáticas, como, por ejemplo, la Zona Reservada de Ancón. Con Decreto Supremo n.º 024-2009-MINAM, se creó la Reserva Nacional Sistema de Islas, Islotes y Puntas Guaneras (RNSIIPG) integrada por un conjunto de veintidós islas, islotes y grupos de islas, y once puntas, a lo largo de la costa peruana, entre Piura y Tacna; su objeto de protección es su territorio y el volumen de los recursos marinos adyacentes que se encuentran al interior del polígono que forman las coordenadas geográficas especificadas en el anexo de la mencionada norma. También están la Reserva Nacional de Paracas<sup>116</sup> y la Reserva

114 Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley n.º 26834, publicada el 1 de enero del 2010.

115 Áreas destinadas a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre, acuática o terrestre, donde se permite el aprovechamiento comercial de los recursos naturales bajo planes de manejo, aprobados, supervisados y controlados por la autoridad nacional competente.

116 Declarada mediante Decreto Supremo n.º 1281-75-AG, del 25 de setiembre de 1975.

Nacional de San Fernando<sup>117</sup>, a las que se suma la Reserva Nacional Dorsal de Nasca<sup>118</sup>, la primera ANP netamente marina del Perú, ubicada a 105 kilómetros de distancia de la costa, frente al departamento de Ica, y que se extiende hasta las 200 millas del dominio marítimo del Perú.

La configuración de este agravante exigirá que el objeto del ilícito, además, haya sido obtenido sin contar con planes de manejo específicos y en contravención del Plan Maestro establecido para la ANP, conforme lo exigen los artículos 22 y 27 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, salvo para el caso de parques y santuarios nacionales, y santuarios históricos, en los que está prohibida toda extracción.

En la zona norte, entre los casos más relevantes están los de extracción y transporte de conchas de abanico de los bancos naturales de la isla Lobos de Tierra, tanto en tallas comerciales como en semillas, con fines de poblamiento, repoblamiento o confinamiento.

En la práctica, determinar el lugar de origen de un espécimen, producto o recurso genético de especie acuática resulta un trabajo bastante difícil —sobre todo, si estos son hallados fuera de la ANP—, salvo que se trate de una especie endémica.

**b. Cuando el funcionario o servidor público que, omitiendo sus funciones, autoriza, aprueba o permite la realización de este hecho delictivo en su tipo básico o permite la comercialización, adquisición o transporte de los recursos de flora y fauna ilegalmente obtenidos**

En este supuesto, se contempla como sujetos activos del delito a aquellos funcionarios o servidores públicos del Produce, Direcciones o Gerencias Regionales de la Producción, Organismo de Sanidad Pesquera, Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas y del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, que cumplen las funciones de otorgamiento de autorizaciones, permisos, licencias, certificados, o emiten informes favorables para la adquisición, venta, transporte, almacenamiento, importación, exportación o reexportación de productos o especímenes de especies acuáticas de la flora o fauna silvestre. Además, se considera como tales tanto a aquellos que permiten su comercialización como a quienes cumplen las funciones de fiscalización y control de la comercialización, adquisición y transporte de especies acuáticas.

117 Categorizada mediante Decreto Supremo n.º 017-2011-MINAM, del 9 de julio del 2011.

118 Establecida mediante Decreto Supremo n.º 008-2021-MINAM, del 5 de junio del 2021.

### c. Cuando se trate de especies de la flora y fauna silvestres o recursos genéticos protegidos por la legislación nacional

En este supuesto, son considerados como objeto material de protección todas las especies acuáticas de la fauna y flora silvestre que gozan de una mayor o especial protección por parte del Estado —mayormente por encontrarse amenazadas o en peligro de extinción—. Para ello, se ha dictado una serie de leyes específicas o se aplican convenios y tratados internacionales, conforme se precisa en el numeral 3.40<sup>119</sup> del artículo 13 del Decreto Supremo n.º 004-2014-MINAGRI<sup>120</sup>.

Bajo la calificación de especies legalmente protegidas están incluidas las siguientes: caballito de mar<sup>121</sup>, delfín oscuro o chancho marino, tonino o marsopa espinosa, bufeo y delfín común; los mamíferos de aguas continentales como el delfín rosado o bufeo colorado y bufeo negro<sup>122</sup>; también el merlín azul, merlín negro, merlín rayado y pez vela<sup>123</sup>, y el manatí amazónico o vaca marina<sup>124</sup>.

Finalmente, además, se incluyen como legalmente protegidas a las especies acuáticas consideradas en los tratados y convenios internacionales, como son la tortuga verde, tortuga carey, tortuga lora o kempí y la tortuga golfina, incluidas en la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas (CIT)<sup>125</sup>; las especies acuáticas de la flora y fauna silvestre —marinas y continentales—, contenidas en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES<sup>126</sup>), entre las que podemos mencionar al caballito de mar, paiche, rana gigante del Titicaca, tiburón sedoso, tiburón oceánico de puntas blancas, tiburón martillo común, tiburón martillo gigante, tiburón martillo liso, tiburón zorro pelágico, tiburón zorro ojón, tiburón zorro común, mantarraya o manta gigante, manta murciélago, manta de espina o de agujón, tiburón ballena, delfín oscuro, delfín común de hocico largo, delfín común de hocico corto, delfín liso, bufeo gris o negro, bufeo colorado o delfín rosado del Amazonas, ballena picuda, cachalote, varias especies de tortugas marinas, entre otros; y todas las ballenas, conforme a la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de la Ballena<sup>127</sup> y las incluidas en los apéndices I y II de la Convención sobre Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (CMS)<sup>128</sup>.

119 «3.40 Especie legalmente protegida. - Toda especie de la flora o fauna silvestre clasificada en el listado de categorización de especies amenazadas, incluidas las especies categorizadas como Casi Amenazadas o con Datos Insuficientes, así como aquellas especies consideradas en los convenios internacionales y las especies endémicas».

120 Publicado el 8 de abril del 2014.

121 Mediante Resolución Ministerial n.º 306-2004 PRODUCE.

122 Declaradas mediante la Ley n.º 26585, publicada el 9 de abril de 1996, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 002-96-PE, publicado el 15 de junio de 1996.

123 Mediante Decreto Supremo n.º 009-2008-PRODUCE, publicado el 4 de abril del 2008.

124 Mediante Decreto Supremo n.º 015-2009-PRODUCE, publicado el 1 de mayo del 2009.

125 Aprobada mediante Resolución Legislativa n.º 27174, publicada el 8 de abril de 1997.

126 Aprobada mediante Decreto Ley n.º 21080, publicado el 21 de enero de 1975.

127 Aprobada mediante Decreto Ley n.º 22375, publicado el 6 de diciembre de 1978.

128 Decreto Supremo n.º 002-97-RE, publicado el 28 de enero de 1997.

## 5. CONCLUSIONES

1. El desarrollo indiscriminado de la actividad pesquera que se realiza tanto en aguas marinas como continentales de nuestro país coloca a sus numerosas especies acuáticas ante el serio peligro de la depredación y/o extinción. Frente a esta situación, el Estado peruano ha criminalizado una serie de conductas que atentan contra nuestros recursos naturales, tipificándose entre estas el tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre, que contempla, entre sus formas agravadas, aquellas más lesivas a dichos recursos, como las que recaen sobre especímenes o productos de especies amenazadas o que provienen de ANP.
2. La lucha eficiente y eficaz contra este flagelo exige de quienes estamos involucrados en la investigación de esta modalidad delictiva un mayor conocimiento de las cuestiones normativas y técnicas que regulan esta actividad económica, con la finalidad de hacer no solo una adecuada subsunción de los hechos investigados, sino de realizar una mejor investigación.
3. Este trabajo de análisis de cada uno de los elementos que configuran el indicado tipo penal y en el que se hace referencia de manera más específica a las normas administrativas aplicables a cada supuesto de hecho busca ser una herramienta útil y orientadora en el trabajo fiscal basado en la experiencia personal, frente a una frondosa y, hasta a veces, confusa legislación administrativa.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Instituto del Mar del Perú - Imarpe. (2019). *Catálogo digital de la biodiversidad acuática del Perú*. [https://biodiversidadacuatica.imarpe.gob.pe/Catalogo/Sobre\\_el\\_Catalogo](https://biodiversidadacuatica.imarpe.gob.pe/Catalogo/Sobre_el_Catalogo) <https://biodiversidadacuatica.imarpe.gob.pe/>
- Mar del Perú. (2020). *Reglas de juego en el sector pesca*. <https://www.mardelperu.pe/pesca/3/reglas-de-juego-en-el-sector-pesca>
- Ministerio del Ambiente. (2019). *Sexto informe nacional sobre diversidad biológica*. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/360831/La\\_Biodiversidad\\_en\\_Cifras\\_final.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/360831/La_Biodiversidad_en_Cifras_final.pdf)
- Ministerio de la Producción - Produce. (s. f.). *Especies protegidas*. <https://pescayconsumoresponsable.produce.gob.pe/especies-protegidas.html>
- Resolución Ministerial n.º 293-2006-PRODUCE. (26 de octubre del 2006). Ministerio de la Producción – Produce. <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/per67134.pdf>

# TRÁFICO ILEGAL DE RECURSOS GENÉTICOS

Angie Guadalupe Slee Ticona<sup>129</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. Regulación sobre el medio ambiente y su necesidad de protección, 3. Acceso a recursos genéticos en el Perú y sus conceptos, 4. Regulación del delito de tráfico ilegal de recursos genéticos, 5. Tipo objetivo del tipo penal, 6. El sujeto activo y el sujeto pasivo del tipo penal, 7. Contexto internacional sobre la protección de los recursos genéticos, 8. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Recurso genético es un concepto que integra varios niveles propios de la biodiversidad, y engloba lo siguiente: la fauna y flora silvestre, las razas o variedades cultivadas y las razas y variedades mejoradas.

Sin duda lo acogido por este artículo es aquel que constituye un patrimonio de especial valor para el Perú, debido a la variedad de dichos recursos. Ello implica que su uso, aprovechamiento e investigación se sometan a la normatividad que al respecto se ha sancionado, según la idea de la soberanía.

El objetivo central de la normatividad nacional, de otorgar tutela legal y jurídica a los recursos genéticos, es fortalecer la supervivencia de las especies silvestres en sus hábitats naturales, como una forma de contrarrestar las acciones depredatorias del hombre, así como la destrucción de las áreas verdes. Para ello, se han empleado términos específicos como «germoplasma», «centro de rescate» y «zoocriaderos».

## 2. REGULACIÓN SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y SU NECESIDAD DE PROTECCIÓN

El medio ambiente se define, lo cual fue sostenido por el Tribunal Constitucional en el considerando 27 de la sentencia del Proceso de Inconstitucionalidad n.º 0048-2004-PI/TC, como «el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos» (Mamani, s. f., diap. 4).

<sup>129</sup> Abogada especialista en derecho ambiental, egresada del Doctorado en Derecho de la Universidad Privada de Tacna, egresada de la Maestría en Derecho del Trabajo la Universidad Privada de Tacna, abogada por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, de Tacna.



La protección del medio ambiente tiene una historia muy reciente en nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución Peruana de 1979 y la actual han hecho evidente su protección al más alto nivel. La Constitución de 1993 incorpora por primera vez, en su artículo 2, inciso 22, lo siguiente: «El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida» dentro del catálogo de derechos fundamentales. Así, la actual Constitución elevó al nivel de fundamental dicho derecho; por ello, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia, así como prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión (Mijichich Loli, s. f., diap. 2).

Se necesita mejor protección penal para lo siguiente: a) las sanciones penales evidencien una mayor represión estatal contra la afectación grave o potencialmente grave, y b) se salvaguarden eficientemente los principales componentes del ambiente: flora, fauna, aire, suelo, agua y paisaje.

### **3. ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS EN EL PERÚ Y SUS CONCEPTOS**

Matías Barreto (2013) señala lo siguiente:

Si bien para el 2004 ya se contaba con la Comisión Nacional contra la Biopiratería y previamente en 1996 ya se había emitido la decisión 392 de la CAN, para el 2009 y con el recién creado Ministerio del Ambiente se emite la directiva 003.2009 MINAM en la cual se reglamenta el acceso a recursos genéticos de la Biodiversidad Peruana. Del Reglamento de acceso a recursos genéticos 003 – 2009 MINAM Art. 15.- Autoridades de administración y ejecución para el acceso de los recursos genéticos. (pp. 28-29)

### **4. REGULACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE RECURSOS GENÉTICOS**

En el artículo 308-D del Código Penal, se define este tráfico de la siguiente manera:

Tráfico ilegal de recursos genéticos.

El que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta, de forma no autorizada, recursos genéticos de especies de flora y/o fauna silvestre, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días multa.

«La misma pena será aplicable para el que a sabiendas financia, de modo que sin su cooperación no se hubiera podido cometer las actividades señaladas en el primer párrafo, y asimismo al que las dirige u organiza. (Alvarado Yanac, 2019, p. 822)

## 5. TIPO OBJETIVO DEL TIPO PENAL

La modalidad típica exige: «El que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta, de manera no autorizada, recursos genéticos de especies de flora y/o fauna silvestre» (Alvarado Yanac, 2019, p. 822).

En cuanto al tipo objetivo, y concordando con Ipenza (2018), se trataría, en esencia, de una expresión más de la administración del derecho penal, pues la figura típica está subordinada básicamente a una desobediencia administrativa, a la realización del supuesto típico: «sin contar con la autorización respectiva».

Cualquier error sobre los efectos jurídicos de una solicitud ha de ser solucionado mediante la fórmula de error de tipo. En el presente caso, dicha ignorancia se entrecruza normativamente con el error de prohibición, dada la naturaleza de la construcción legal.

Respecto al último párrafo del artículo 308-D, cabe señalar que la financiación es la actividad dirigida a facilitar y/o promover, la venta, adquisición, exportación o importación de recursos genéticos provenientes de la fauna y/o flora silvestre, e importa una contribución esencial a la realización típica: constituye, por ende, una conducta de complicidad primaria, de acuerdo con la previsión normativa.

## 6. EL SUJETO ACTIVO Y EL SUJETO PASIVO DEL TIPO PENAL

Acerca del tipo objetivo, y concordando con Ipenza (2018), el **sujeto activo** puede ser cualquier persona, el tipo penal no exige una cualidad específica para ser considerado autor a efectos penales; si la condición típica es ejercida por medio de una persona jurídica, la imputación ha de recaer sobre aquella persona física que detenta el dominio social de sus órganos de representación.

El **sujeto pasivo** es el afectado por esta tipificación penal: es la sociedad la principal perjudicada con la extinción de las especies silvestres; ello, al margen de las incidencias estrictamente procesales.

## 7. CONTEXTO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

Algunos convenios, declaraciones, protocolos, conferencias y otros, de carácter internacional, enfocados en la protección de los recursos genéticos, mencionados por Cueva Rodrigo y Díaz Pérez (2015, pp. 81-87), se presentan a continuación:

### **a. Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992)**

Según Geigel (1997), citado por Cueva Rodrigo y Díaz Pérez (2015, p. 81), antes de la firma del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), todo recurso natural y, por ende, todo recurso genético, podía ser utilizado por cualquier persona, sin importar la nacionalidad que esta tuviera y menos los fines al cual estuviera destinado dicho recurso, dado por el principio de ser considerado patrimonio de la humanidad. Pero, en 1992, en Río de Janeiro se suscribió el CDB, del cual el Perú forma parte. Una vez que dicho convenio entró en vigor, se estableció como nuevo principio fundamental la soberanía de los países sobre sus recursos, principio del cual surge la idea de que cada país es responsable de sus recursos naturales y, por ende, de sus recursos genéticos. Desde entonces, cada país tiene la disposición de colocar sus propias políticas públicas para la protección de la biodiversidad animal y vegetal, y de sus recursos genéticos, así como para el acceso a estos.

Así, el CDB (1992) expresa en su artículo 15, «Acceso a los recursos genéticos», sobre derechos y obligaciones de las partes: el reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales, a través de su legislación nacional, que cada parte debe facilitar el acceso a los recursos genéticos, que el acceso estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la parte contratante que proporciona los recursos, el acceso deberá basarse en condiciones mutuamente acordadas con el fin de asegurar el reparto equitativo de los beneficios derivados de la utilización de los recursos, y que se promoverá la investigación científica basada en los recursos genéticos con la participación plena de la partes.

### **b. Declaración de Río (1992)**

La declaración de Río Juste, la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro de 1992, realizada en junio de 1992, contó con representantes de 179 países. Los objetivos fundamentales de la Cumbre eran lograr un equilibrio justo entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, y sentar las bases para una asociación mundial entre los países desarrollados y los países en desarrollo, así como entre los Gobiernos y los sectores de la sociedad civil, sobre la base de la comprensión de las necesidades y los intereses comunes.

En esta Cumbre, se formularon la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo; la Agenda 21; una declaración de Principios, el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático sobre la estabilización de los gases de efecto invernadero presentes en la atmósfera en niveles que no trastoquen peligrosamente el sistema climático mundial; y el CDB, en el cual se exhorta a encontrar cauces y medios para preservar la variedad de especies vivientes y velar por el equitativo beneficio del aprovechamiento de la diversidad biológica.

### c. Protocolo de Nagoya

Firmado por más de noventa países, el Protocolo de Nagoya, adoptado en esa ciudad, en Japón, tiene como objetivo impedir que los países en desarrollo con una gran diversidad de especies sigan siendo un terreno de juego ilimitado para empresas de investigación, que buscan plantas, animales y otros recursos biológicos, con el fin de desarrollar nuevos medicamentos, semillas y vacunas que puedan patentar y vender.

El protocolo debe proporcionar incentivos a los países para proteger su riqueza natural y, al mismo tiempo, permitir a las empresas el desarrollo de nuevos productos a partir de esos recursos biológicos de forma sostenible. El protocolo exige que los científicos lleguen a un acuerdo sobre acceso y participación en los beneficios (ABS, por sus siglas en inglés: *access and benefit-sharing*) con los países ricos en biodiversidad. Por consiguiente, una empresa de biotecnología europea, que reúne muestras de plantas en la selva tropical del Amazonas en Brasil, con el fin de desarrollar fármacos, debería compartir sus ganancias con el Gobierno brasileño, así como con los residentes locales, que han utilizado tradicionalmente esas plantas.

Con el CDB, el uso comercial de recursos genéticos no estaba regulado en gran parte, cuenta Krystyna Swiderska (como se citó en Cueva Rodrigo y Díaz Pérez, 2015, p. 85), investigadora del Instituto Internacional para el Medio Ambiente y el Desarrollo (Londres) y añade:

Sin embargo, el Protocolo de Nagoya es un instrumento jurídico más fuerte, que exige medidas a los países usuarios (de los recursos genéticos) para garantizar que se respeten los acuerdos de acceso y de participación de los países donantes, ricos en especies.

### d. Conferencia Mundial de la Naturaleza

Como señalan Cueva Rodrigo y Díaz Pérez (2015, p. 86), citando a Geigel (1997), en la Conferencia Mundial de la Naturaleza del 28 de octubre de 1982, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Carta Mundial de la Naturaleza, cuyo gran objetivo fue trazar un conjunto de lineamientos para orientar la relación armónica entre las actividades humanas y la naturaleza, en el entendido que la vida es una sola. La Carta Mundial de la Naturaleza, en sus consideraciones generales, reafirma que el aprovechamiento de la naturaleza deberá estar en función del reconocimiento del funcionamiento de los sistemas naturales, funcionamiento del cual depende la vida de todas las especies, incluso la humana, la civilización creada por esa última y sus creaciones culturales.

### e. **Decisión 391. Régimen Común sobre el Acceso a los Recursos Genéticos (1996)**

En el documento del Régimen Común, se señala en el Título IV: De los Principios, Capítulo I: De la Soberanía sobre los Recursos Genéticos, artículo 5, lo siguiente:

Los Países Miembros ejercen soberanía sobre sus recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia determinan las condiciones de su acceso, de conformidad con lo dispuesto en la presente Decisión.

La conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos y sus productos derivados serán reguladas por cada País Miembro, de acuerdo con los principios y disposiciones contenidos en el Convenio de la Diversidad Biológica y en la presente Decisión.

Y en el artículo 6, se indica:

Los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los Países Miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Miembro, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas.

Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado.

## **8. BIBLIOGRAFÍA**

- Alvarado Yanac, J. (2019). *Vademécum penal* (1.<sup>a</sup> ed.). Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Andaluz Westreicher, C. (2009). *Manual del derecho ambiental* (2.<sup>a</sup> ed.). Perú: Iustitia.
- Cueva Rodrigo, J., & Díaz Perez, Y. (2015). *Eficiencia de la normatividad de los recursos genéticos de la flora en el Perú* [Tesis de grado]. Universidad Señor de Sipán. Lambayeque, Perú.
- Ipenza Peralta, C. (2018). *Manual de delitos ambientales. Una herramienta para operadores de justicia ambiental*. Lima: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales.
- Matías Barreto, B. (2013). *Análisis del sistema de control contra la biopiratería en el Perú* [Tesis de grado]. Universidad de San Martín de Porres. Lima, Perú.

Mamani Dávila, A. (s. f.). *Aspectos generales de delitos ambientales* [Presentación en PowerPoint]. Derecho, Ambiente y Recursos Naturales. [https://dar.org.pe/wp-content/uploads/2021/06/Aspectos-generales-de-los-Delitos-Ambientales\\_04.06.21.pdf](https://dar.org.pe/wp-content/uploads/2021/06/Aspectos-generales-de-los-Delitos-Ambientales_04.06.21.pdf)

Mijichich Loli, M. (s. f.). *Delitos ambientales* [Presentación en PowerPoint]. Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente. [https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4818\\_contaminacion\\_rrnn\\_martin\\_mijichich\\_loli.pdf](https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4818_contaminacion_rrnn_martin_mijichich_loli.pdf)

# LA PRETENSIÓN CIVIL EN EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PRODUCTOS FORESTALES MADERABLES

César Augusto Romero Ruiz<sup>130</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. Nociones básicas sobre tala ilegal y trazabilidad del producto forestal maderable, 3. Responsabilidad civil, 4. Elementos de la responsabilidad civil, 5. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil extracontractual (RCE), 6. Autonomía de la pretensión civil, 7. Participación del agraviado en el proceso, 8. Formulación de la pretensión civil, 9. Bien jurídico protegido en el extremo de la pretensión penal, 10. Daño ambiental, 11. La trazabilidad para cuantificar el daño, 12. Parámetros para la valoración económica, 13. Conclusiones, 14. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante todos estos años en el ejercicio de la defensa del ambiente —desde la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente (Minam)—, hemos sido testigos de una evolución favorable de la justicia ambiental en nuestro país. Uno de los aspectos importantes que debemos resaltar dentro del proceso de evolución es consecuencia de la especialización del personal, tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial, para el tratamiento de los delitos ambientales; incluso, a la fecha, ya la Corte Suprema cuenta en su jurisprudencia con casaciones en materia ambiental que han perfilado de mejor manera el contenido de los tipos penales.

En estos años, otro avance significativo es que se pasó de la idea de reparar «solo el árbol talado» y ahora hay una mayor comprensión acerca de la importancia del bosque, de las consecuencias que origina la tala ilegal en la fauna silvestre y de los servicios ecosistémicos que se pierden relacionados con esta. Ello tiene vinculación directa con que, actualmente, ya existen reparaciones civiles con montos muy por encima de los procesos ambientales iniciales.

En el presente artículo, intentaremos analizar la reparación civil respecto del delito de **tráfico ilegal de productos forestales maderables**; para ello, abordaremos conceptos administrativos forestales, civiles y penales que se encuentran dentro del

<sup>130</sup> Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con Máster en Gestión Pública en la escuela de negocios European Centre of Innovation and Management de España (EUCIM) en convenio con la Universidad de San Martín de Porres, con estudios concluidos de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la escuela de Postgrado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, se desempeña como especialista coordinador del área penal en la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente.

actual proceso penal peruano; revisaremos acuerdos y jurisprudencias relevantes; y veremos cómo el concepto de trazabilidad influye en una comprensión más amplia de la actividad de la tala ilegal.

## 2. NOCIONES BÁSICAS SOBRE TALA ILEGAL Y TRAZABILIDAD DEL PRODUCTO FORESTAL MADERABLE

La importancia de los bosques radica en que llevan a cabo una función de protección y conservación de los recursos naturales, incluidos el suelo y el agua, además de otras funciones relacionadas con los servicios ambientales. El 57 % del territorio peruano está cubierto por bosques; sin embargo, nuestra región selvática no cuenta con una gran industria maderera haciendo que pocas personas, directa o indirectamente, se vean beneficiadas con el aprovechamiento del recurso forestal maderable.

La tala ilegal genera un impacto negativo en los bosques naturales por efecto de la extracción exenta de criterios técnicos y de sostenibilidad, afectando directamente a otras especies de flora y fauna que conforman el ecosistema natural, que, en términos generales, ve afectada sus funciones ecológicas y productivas.

Sería un error por parte de los operadores de justicia ambiental ver o circunscribir este tema y solo relacionarlo con el tipo penal regulado en el artículo 310-A del Código Penal. Estas actividades suponen actuaciones previas y posteriores al solo corte, tumba o extracción del árbol: como bien lo señala Ipenza Peralta (2019), se «identifica de manera preliminar seis (6) momentos de la comisión de delitos vinculados a la tala ilegal» (p. 9).

Un concepto relevante que se debe tener en cuenta es el de **trazabilidad**, ya que nos permitirá conocer la procedencia originaria y hasta la posterior transformación del recurso forestal que se ha aprovechado con los permisos correspondientes y es introducido en el mercado forestal. Este mecanismo se encuentra recogido en el Reglamento para la Gestión Forestal de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre n.º 29763, aprobado por Decreto Supremo n.º 018-2015-MINAGRI:

### Artículo 169.- Trazabilidad del recurso forestal

La trazabilidad comprende mecanismos y procedimientos preestablecidos que permiten rastrear (históricamente) la ubicación y la trayectoria, desde el origen, de los productos forestales y productos derivados de los mismos, a lo largo de la cadena de producción forestal, utilizando para ello diversas herramientas (...).



### 3. RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida, relacionados con los particulares. El sistema peruano ha regulado dos tipos de responsabilidades civiles: 1) «cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla de **responsabilidad contractual** y, dentro de la terminología del Código Civil peruano, de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones» (Taboada, 2015), y 2):

Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada **responsabilidad extracontractual**. (Taboada, 2015)

La comisión de un hecho delictivo puede dar lugar a la declaración de **responsabilidad civil extracontractual** (en adelante, RCE), derivada de los delitos y faltas (responsabilidad civil *ex delicto*); ello, porque la comisión de un delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios causados. La responsabilidad civil se presenta por el ataque injustificado a un derecho que la ley cautela y que, por consiguiente, se obliga a reparar.

En la RCE, son varios los causantes del daño que quedan obligados solidariamente por mandato de la ley, así lo establece el artículo 1983 del Código Civil:

Artículo 1983.- Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

En el mismo sentido, también se encuentra regulado en el artículo 95 del Código Penal: «Artículo 95.- la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados».

Esta solidaridad para reparar el daño se tiene prevista en el artículo 140 de la Ley General del Ambiente:

Artículo 140.- De la responsabilidad de los profesionales y técnicos.

Para efectos de la aplicación de las normas de este Capítulo, hay responsabilidad solidaria entre los titulares de las actividades causantes de la infracción y los profesionales o técnicos responsables de la mala elaboración o la inadecuada aplicación de instrumentos de gestión ambiental de los proyectos, obras o actividades que causaron el daño.

A modo de conclusión y concordando con Di Majo (2001, p. 165), consideramos que la responsabilidad civil es «una técnica de tutela [civil] de los derechos [u otras situaciones jurídicas] que tiene por finalidad imponer al responsable [no necesariamente el autor] la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado».

## 4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Conforme a la doctrina, para que se configure un supuesto de RCE, es necesaria la concurrencia de determinados elementos: i) **el hecho ilícito**, ii) **el daño causado**, iii) **la relación de causalidad**, y iv) **el factor de atribución**. En consecuencia, cuando se determine la indemnización de daños y perjuicios que corresponda, tendrá que recurrirse necesariamente al análisis de estos elementos.

Al respecto, debemos señalar que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación n.º 3141-2016-Piura, sexto fundamento jurídico, ha establecido, en relación con los elementos de la responsabilidad, que para que nazca la obligación de indemnizar, es necesario comprobar que estos se han verificado:

**SEXTO.-** Como se sabe los elementos comunes a ambos tipos de responsabilidad civil (contractual y extracontractual) son los siguientes: antijuricidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución. En tal sentido, para saber si en un caso concreto el agente causante del daño debe indemnizar o no a la víctima, es necesario comprobar si se han verificado tales elementos (...).

## 5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL (RCE)

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante la Casación n.º 189-2019-Lima Norte, establece que la reparación civil es la consecuencia jurídica de un hecho ilícito causante de un daño, patrimonial o extrapatrimonial, y que se le atribuye a una persona objetiva o subjetivamente.

La reparación constituye para la víctima una justa expectativa frente al daño sufrido; por ello, **el actual proceso penal peruano tiene un doble objeto, en que se determina tanto la sanción penal como la reparación civil**; en ese sentido, se optó por la acumulación de ambas pretensiones en virtud del principio de economía procesal. **Esta acumulación no afecta la naturaleza jurídica de la reparación civil, la cual es incuestionablemente civil** y es autónoma de la pretensión penal, conforme se estableció en los **Acuerdos Plenarios n.º 5-2011/CJ-1164** y **n.º 4-2019/CIJ-1165**. Asimismo, el **Acuerdo Plenario n.º 5-2008/CJ-1166** establece que **la reparación civil es una institución de naturaleza jurídico-civil** que descansa en el daño ocasionado,

no en el delito cometido, y se proyecta en cuanto a su contenido por el artículo 93 del Código Penal.

**La obligación de resarcir no surge ni se deriva del delito, sino del daño producido;** es decir, no se trata de un resarcimiento *ex delicto*, sino *ex damno*. Por ello, con razón, se afirma que «sin daño, pues, no habrá obligación de resarcir (...). En suma, el delito o la falta no fundamentan la obligación de resarcir, sino el daño causado» (Guillermo Bringas, 2009, p. 1). Se trata de dos obligaciones autónomas, con presupuestos, contenidos y finalidades distintas: i) la reparación civil tiene como presupuestos la configuración de un hecho ilícito, daño, una relación de causalidad entre ambos y un factor de atribución de responsabilidad civil y, por su parte, el delito tiene como presupuestos la configuración de una conducta típica, antijurídica y culpable; ii) el daño penal se constituye en la ofensa al bien jurídico y el daño civil, en las pérdidas patrimoniales y en los sufrimientos de toda índole, padecidos por la víctima; y iii) la responsabilidad penal persigue fines preventivos —evitar futuros delitos—, mientras que la responsabilidad civil busca reparar daños causados a los perjudicados.

Para Díez Picazo (1999, p. 276), la acción civil que cabe ejercitar en el proceso penal para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, no deriva del delito ni de la falta criminal, sino de unos actos u omisiones ilícitos —pero no necesariamente delictivos— que hayan provocado la indebida pérdida de la posesión de una cosa u ocasionado daño y perjuicio. Pero existe la tendencia a considerar la responsabilidad civil como una derivación de la penal, condicionada por ella, y consiguientemente, la idea errónea de que una es la acción civil nacida «del delito», esto es, del hecho punible, y otra distinta la que se derive de actos u omisiones dolosos o culposos no penados por la ley (penal). Ante todo, **decir que del acto dañoso nace una acción, ya es una impropiedad; LO QUE NACE ES UNA OBLIGACIÓN y, correlativamente, un derecho del perjudicado.** El que este la haga valer en uno u otro proceso, juntamente con la acción penal o independientemente de ella, ante el juez civil, en nada modifica su naturaleza ni su contenido.

Por su parte, San Martín Castro (2006, p. 31) señala que ni una sentencia penal condenatoria determina la existencia de responsabilidad civil y la correspondiente condena a restituir o indemnizar, **ni la sentencia penal que absuelve al acusado** —incluida la que lo exonere por considerar que el hecho no es delictivo— **supone que ese carezca de acción civil o que no se haya contraído responsabilidad civil a causa del comportamiento considerado como presuntamente delictivo en el proceso penal.** Entonces, el delito, en cuanto tal, no produce otro efecto jurídico que la pena, pero la conducta que lo constituye es, a la vez, fuente de obligaciones civiles si se lesionan derechos subjetivos o intereses protegidos privados.

La RCE, señalan Muñoz Conde et al. (2013, p. 244)<sup>131</sup>, ha de comprender la **restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.** La restitución hace referencia a la obligación de restituir, si fuera posible, el mismo bien; la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, que el juez o el tribunal establecerán atendiendo a la naturaleza de aquel y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable,

131 «(...) la restitución y la reparación, como reposición de las cosas a su anterior estado, son prioritarias, pero **estableciéndose también la exigencia, además, de indemnizar por los daños causados.** La restitución o reparación dependerá del concreto daño causado y de las posibilidades fácticas de restituir el bien dañado. **Cuando la reparación no sea factible, o junto a este si es posible, procederá una indemnización.** Muñoz Conde et al. (2013, p. 245).

determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa: En cuanto a la indemnización, esta será de los perjuicios materiales y morales que se hubieren causado.

La RCE derivada del hecho ilícito solamente alcanzará a los daños que se desprenden directamente del delito; se excluirán de la reparación civil determinada en el proceso penal los daños o efectos derivados del delito que no son consecuencia directa del mismo. El criterio de la afectación del bien jurídico resulta especialmente importante para desterrar de la jurisprudencia nacional un proceder recurrente en la determinación de la reparación civil, pero completamente ajeno al mencionado criterio: los ingresos económicos del condenado.

Tal como señala Peña Cabrera (2010, p. 12), queda claro que **la reparación civil se determina con base en el daño producido**<sup>132</sup>, con independencia de si el responsable por dicho daño la pueda pagar o no. Por lo tanto, el punto de mira de la reparación civil derivada del delito debe centrarse en el daño producido y no en el agente o sujeto activo de dicho daño. Sobre este punto, el **Acuerdo Plenario 5/99** establece:

Segundo: Por aclamación. El monto de la reparación civil debe determinarse en atención al daño económico, moral y personal, comprendiendo inclusive el lucro cesante. No procede reducir o elevar el monto correspondiente en atención a la gravedad del delito o la capacidad económica del agente.

Asimismo, el Código Procesal Penal establece que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, **especialmente, al perjudicado por el delito**; además, señala que si este último se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso.

#### Artículo 11.- Ejercicio y contenido

1. El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso.

Corresponde precisar que el artículo 92 del Código Penal tenía el siguiente texto: «La reparación civil se determina juntamente con la pena»; sin embargo, dicha disposición **ha sido modificada por el artículo 1 de la Ley n.º 30838**, publicada el 4 de agosto del 2018, con el siguiente texto: «La reparación civil se determina juntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El juez garantiza su cumplimiento».

<sup>132</sup> «La reparación civil de las consecuencias perjudiciales del hecho punible tiene que ver con la necesidad de reparar, resarcir aquellos daños causados de forma antijurídica y no con ejercer una comunicación disuasiva a los comunitarios ni con rehabilitar a quien incurrió en el delito, máxime, si la responsabilidad civil puede recaer sobre personas (naturales o jurídicas) que intervinieron en la infracción». Peña Cabrera (2010, p. 12).

Sin duda alguna, lo más relevante de la modificación es que a partir de ella **la reparación civil es un derecho de la víctima**, un derecho subjetivo del que tiene plena disposición con todas las consecuencias que ello implica, por lo que la naturaleza de la acción civil acumulada al proceso penal participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en el Código Civil y en el Código Procesal Civil.

Este carácter dispositivo ha sido reconocido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación n.º 695-2018-Lambayeque, ponencia del magistrado San Martín, en el segundo fundamento de derecho:

**SEGUNDO.** Que la reparación civil es una institución de Derecho civil e integra el objeto civil del proceso penal. Está sujeta a sus propias reglas de imputación, y a los principios y directivas típicas del Derecho civil —se requiere que una determinada conducta, más allá de que se le considere delito o no, cause un daño civil—. Es de destacar, sobre el particular, (i) que la indicada relación jurídica civil es de derecho privado y, por tanto, en ella ha de partirse de la autonomía de la voluntad de la existencia de derechos subjetivos de los que sus titulares tienen la plena disposición, con todas las consecuencias que ello implica, empezando por la de que el interés privado puede ser satisfecho de modo extrajudicial; y, (ii) que la naturaleza de la acción civil derivada del delito participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en los Códigos Civil y Procesal Civil (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo Español —en adelante, STSE— 936/2006, de diez de octubre), luego no puede conceder más de lo solicitado por la parte que reclama, ni tampoco cosa distinta a lo reclamado (STSE 208/2017, de veintiocho de marzo).

## 6. AUTONOMÍA DE LA PRETENSIÓN CIVIL

En el nuevo modelo procesal peruano, la pretensión penal y la pretensión civil son autónomas, independientes y heterogéneas, y en esta línea, el Acuerdo Plenario n.º 6-2006/CJ-116 señala que tanto la pena como la reparación civil comparten un mismo presupuesto: **el acto ilícito causado por un hecho antijurídico**. Cada una valora el hecho ilícito desde su propia perspectiva.

La Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario n.º 4-2019/CIJ-116, ha establecido como doctrina legal vinculante, dos directivas legales fundamentales: i) la autonomía de la pretensión civil frente a la penal; y ii) la necesidad de un pronunciamiento expreso sobre la materia.

En cuanto a la **autonomía**, esta se hace evidente desde que el artículo 12, inciso 3, del Código Procesal Penal establece que «3. La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda».

La autonomía conceptual de la RCE trae como consecuencia que **la pretensión civil de resarcimiento de los daños producidos por la conducta sometida a un proceso**

**penal sea independiente de la pretensión penal.** La falta de una condena no tendría que ser óbice para imponer una reparación civil en caso estén acreditados los daños en el proceso penal.

Esto significa, en buena cuenta, que cuando el juez sobresee la causa o absuelve al acusado o acusados, no necesariamente **el órgano jurisdiccional debe renunciar a la reparación de un daño producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso**, incluso cuando ese hecho —siempre ilícito— no puede ser calificado como infracción penal.

Para Díez Picazo (1999, p. 276), **no es el delito ni la falta lo que engendran la acción y la responsabilidad civil**, queda demostrado si se considera que una y otra no precisan una sentencia penal condenatoria como presupuesto, ni de una declaración jurisdiccional que, *incidenter tantum*, declare la delictuosidad del comportamiento dañino.

Y, en cuanto a la **necesidad de un pronunciamiento expreso sobre la reparación civil**, tratándose la acción civil de un derecho privado y regido por el principio de rogación o dispositivo, **solo puede mediar un pronunciamiento civil en la resolución judicial si ha sido pretendido por la parte legitimada**, en el que no se puede conceder más de lo solicitado y tampoco cosa distinta de lo pretendido. En el mismo sentido, opina Del Río Labarthe (2010, p. 72), citando al profesor Asencio Mellado:

La sentencia que se dicte en el proceso penal ha de ser congruente con las peticiones de las partes civiles. Ni se podrá condenar más de lo pedido ni a menos de lo resistido ni a cosa distinta ni a sujeto no demandado.

Lo manifestado se puede apreciar en el texto de la sentencia, correspondiente al Expediente n.º 2591-2019-64-0401-JR-PE-05 del Segundo Juzgado Unipersonal de Arequipa (2021), expedida por un **juez penal unipersonal**, la que a continuación citamos:

**FALLO:**

**PRIMERO: ABSUELVO** a **IDA LIS MOGROVEJO FLORES** del delito de **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL EN SU MODALIDAD SONORA** tipificado en el artículo 304 primer párrafo del Código Penal, en agravio del Estado – Ministerio del Ambiente e Israel Milwar Romero Ojeda. En consecuencia, deben cancelarse los antecedentes surgidos con este proceso, así como toda medida de coerción real o personal, y una vez firme, archivarse la causa.

**SEGUNDO: DECLARO LA RESPONSABILIDAD CIVIL** de **IDA LIS MOGROVEJO FLORES** por los hechos imputados. En consecuencia, declaro fundada en parte la pretensión civil, y dispongo que pague la suma de **DOS MIL SOLES** a favor del agraviado Israel Milwar Romero Ojeda, y **SEIS MIL SOLES** a favor del Estado – Ministerio del Ambiente.

De la parte resolutive de la sentencia, se aprecia que el juez, respecto de la pretensión penal, no declara responsabilidad por parte de la acusada; sin embargo, respecto de la pretensión civil, sí declara que existe responsabilidad e impone el pago de un monto de dinero. La reparación por acto ilícito, en la legislación peruana, está siempre constituida por dinero.

Uno de los problemas que suscita la acumulación del proceso penal y civil es que no queda muy claro entre los magistrados qué hacer con la pretensión civil subsistente; como ya vimos en el caso anterior, lo que corresponde es que la pretensión civil debe ser saneada en etapa intermedia y ser remitida al **juez de juzgamiento**. Sin embargo, de la resolución que citamos a continuación, del Expediente n.º 402-2020-61-1101-JR-PE-02, del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Huancavelica (2021), vemos que un **juez de investigación**, al momento de dictar su auto de sobreseimiento (pretensión penal), ya determina que existe responsabilidad civil y en consecuencia resuelve que se efectúe un pago por concepto de reparación civil:

**CONSIDERANDO.** - Argumentos registrados en audio; en consecuencia,

**00:27:55 RESUELVE:**

- 1. DECLARAR: FUNDADO** el requerimiento de **SOBRESEIMIENTO** postulado por el titular de la fiscalía provincial Especializada en Materia Ambiental de Huancavelica.
- 2. ORDENO: EL SOBRESEIMIENTO TOTAL** del presente proceso penal, seguido contra **HENRRY VALERIO ESPINOZA PAUCAR**, identificado con DNI N° 44799896, nacido el 14 de enero de 1988, por la presunta comisión del delito de Contaminación en la modalidad de Minería Ilegal en agravio del Estado – Ministerio del Ambiente.
- 3. Consentida o ejecutoriada** que sea la presente resolución, se levante toda medida coercitiva de carácter personal o real que se hubiere generado como consecuencia de este proceso. **ARCHIVANDO** definitivamente los actuados donde corresponda.
- 4. FIJO** por concepto de reparación civil la suma S/. 2,000 soles que deberá pagar el investigado **HENRRY VALERIO ESPINOZA PAUCAR** hasta el día 08 de marzo de 2021, debiendo presentar el baucher del depósito para el endoso respectivo a la parte agraviada, bajo apercibimiento de iniciar la ejecución forzada sobre los bienes libres hasta hacer efectivo el pago.
- 5.** Notificar a la parte agraviada con la presente resolución.

Adicionalmente, apreciamos que no hay por parte del juez ninguna referencia a los cuatro (4) elementos de la responsabilidad civil en su resolución (sentencia civil). A la fecha, debemos manifestar que existen diversos pronunciamientos, a nivel de sala de apelaciones, determinando que el **juez de juzgamiento** es quien debe conocer y llevar un juicio solo en el extremo de la pretensión civil.



En reciente sentencia de vista (Expediente n.º 1657-2017-14-2701-JR-PE-04)<sup>133</sup>, de fecha 22 de diciembre del 2021, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, emitió la resolución n.º 11, en la que señaló lo siguiente:

en el presente caso solo tiene un aproximado de S/ 443,208.42 soles que corresponden al daño patrimonial sustentado mediante un informe, no obstante esta es una valoración que si bien se hace sobre el daño que causó la conducta dolosa de los sentenciados, ello no es óbice para que efectivamente deban hacerse responsables de forma íntegra del monto ya que este solo obedece a un aproximado, de pérdida patrimonial por el Estado, y teniendo presente que los sentenciados, no se beneficiaron directamente con los frutos obtenidos de la explotación de los productos maderables (...).

Después de todo lo manifestado en el presente artículo, creemos que la sala de apelaciones comete un error al considerar que porque los autores de los daños «no se beneficiaron directamente con los frutos obtenidos de la explotación de los productos maderables», la reparación civil debe variar y establecerse una menor cuantía. No existen en la doctrina nacional ni extranjera autores que avalen la posición tomada por la citada sala, recordemos que el daño al extraer productos forestales maderable no autorizados ya está realizado y probado —lo reconoce la misma sala—; sin embargo, como apreciamos en su resolución, esta adopta un criterio propio que tampoco se encuentra debidamente motivado: el hecho que los autores del daño se beneficien o no de las actividades de tráfico ilegal no guarda relación con la protección del patrimonio nacional forestal. La normativa peruana no otorga un «beneficio» de reducción de cuantía económica del daño por el hecho de que la actividad ilegal no haya sido del todo provechosa para los autores. No obstante, de ser este el caso, entonces, las investigaciones en las cuales se incauta o decomisa la madera también deberían tener similar tratamiento, criterio que no ha sido adoptado por el resto de las cortes ni distritos fiscales en donde se llevan a cabo investigaciones y/o procesos judiciales.

## 7. PARTICIPACIÓN DEL AGRAVIADO EN EL PROCESO

El agraviado, dentro del proceso, ejerce facultades probatorias en aras de garantizar la prestación de una reparación civil proporcional al daño patrimonial y extrapatrimonial generado a consecuencia del hecho punible. La **reparación civil** abarca el resarcimiento del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, cuya funcionalidad debe corresponderse con las consecuencias directas y precisas que el delito generó en la víctima.

---

133 Sala Penal de Apelaciones con funciones de Sala Penal Liquidadora (2021).



El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; además, estipula que si este último se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso: artículo 11, apartado 1), del citado Código adjetivo. En tal virtud, la participación del Ministerio Público será por sustitución, pues representa un interés privado. Es decir, su intervención cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso.

Respecto a lo mencionado, Salinas Siccha (2014, p. 151) señala lo siguiente: «En efecto, allí se establece que la participación del Ministerio Público es por sustitución, esto es, representa un interés privado. Su intervención cesa definitivamente cuando el agraviado se apersona al proceso y se constituye en actor civil».

## 8. FORMULACIÓN DE LA PRETENSIÓN CIVIL

La pretensión civil dentro del proceso penal genera un proceso propio. La Corte Suprema se ha pronunciado señalando que la pretensión civil y la penal son una acumulación heterogénea de pretensiones, incluso ha precisado que la pretensión civil obedece a normas de carácter civil y debe respetar un estándar de prueba distinto del correspondiente en la pretensión penal.

Esta pretensión es formulada por el agraviado, el cual se puede constituir en actor civil —con los requisitos que señala el artículo 100 del Código Procesal Penal—, y es pasible de ser presentada ante el juez de investigación preparatoria. Dicha pretensión debe ser formulada señalando un *quantum* indemnizatorio provisional. Este podrá ser modificado en el momento en que el juzgado corre traslado de la acusación.

La Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales se encuentra legitimada para intervenir en los procesos penales en su condición de representante de la parte agraviada, siendo esta el Estado (según lo establecido en el artículo 47 de la Constitución Política del Perú).

Los recursos naturales, al constituir patrimonio de la nación, requieren que el Estado procure su aprovechamiento sostenible creando el marco jurídico que lo permita, así como los medios necesarios para controlar y supervisar las actividades de los privados a los cuales se les ha otorgado el uso y disfrute de dicho patrimonio. En ese sentido, detrás del reconocimiento de los derechos de aprovechamiento bajo la modalidad legal prevista, se encuentra el **deber del Estado de velar, preservar, resguardar y asegurar la subsistencia de nuestros recursos renovables**, así como el de **garantizar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona**.

Esto quiere decir que el deber del Estado no solo se manifiesta en resguardar que las actividades de los privados se hagan dentro de los parámetros previstos de acuerdo con la normativa ambiental preestablecida para la protección del ambiente, sino que también reside en ejercer control *a priori*. Es decir, realiza estudios pertinentes para que antes de que se realicen las actividades que puedan afectar al medio ambiente, se tenga cierto grado de certeza sobre las consecuencias que dicha actividad pueda ocasionar. Solo de esta manera se podrán adoptar medidas destinadas a evitar el daño o, en todo caso, a hacerlo tolerable. Por lo expuesto, la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales es la que debe formular la pretensión civil.

De acuerdo con Guerra Díaz (2021), sobre la pretensión de responsabilidad civil y los filtros que se debe seguir dentro de un proceso civil:

una pretensión debe ser sometida a tres controles o juicios: i) admisibilidad; ii) procedibilidad; y, iii) fundabilidad, que, de manera amplia, están referidas a la demanda. La revisión de los dos primeros controles se realiza en etapas iniciales de postulación y saneamiento, esto es, al calificar la demanda que contiene la pretensión y emitir el auto correspondiente. Solo si superan estos se puede pasar al juicio de fundabilidad. (p. 214)

Corresponderá al juez de investigación preparatoria efectuar el control correspondiente para que el proceso continúe o no en la siguiente etapa. Es competencia del juez de juzgamiento determinar la fundabilidad de la pretensión.

Sobre lo señalado, debemos manifestar que el Acuerdo Plenario n.º 04-2019/CIJ-116 ha establecido como doctrina legal que la competencia funcional para la intervención de las partes, las bases de la pretensión civil y **la admisión de los medios probatorios para acreditarla corresponde al juez de la investigación preparatoria**, mientras que **la decisión de la fundabilidad o no de la pretensión civil corresponde al juez de juzgamiento (unipersonal o colegiado)**.

## 9. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL EXTREMO DE LA PRETENSIÓN PENAL

Respecto del bien jurídico protegido en el extremo de la pretensión penal, entre los autores peruanos consultados para la elaboración del presente artículo, Reátegui Sánchez (2015) ha señalado:

Nuestro ordenamiento jurídico-penal protege el bien jurídico "medio ambiente", o mejor dicho "estabilidad del ecosistema", definido como la suma de base naturales de la vida humana, dentro del cual se encuentra la protección de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, impidiendo que el sistema ecológico sufra alteraciones perjudiciales, siendo un bien jurídico de naturaleza universal. (p. 625)

En el mismo sentido, García Cavero (2015) señala, en relación con la protección de los recursos naturales, lo siguiente:

los delitos contra los recursos naturales tienen como fundamento central la estabilidad del medio ambiente natural. Pero lo particular de estos delitos es que la estabilidad del medio ambiente natural no se tiene en cuenta por el efecto negativo de acciones contaminantes, sino por la explotación de los recursos naturales que conlleva una afectación a los servicios ambientales que nos prestan. De manera específica, la regulación penal se centra en el mantenimiento de la diversidad biológica, la renovación de los recursos naturales o los usos asignados a ciertos territorios. (p. 950)

Como se aprecia, estos autores no han señalado directamente el bien jurídico protegido por el tipo penal de tráfico ilegal de productos forestales maderables, sino que han escrito en relación con la protección de los recursos naturales, lo cual es el capítulo general del Código Penal al que pertenece el tipo penal en estudio. Sin embargo, consideramos que Peña Cabrera (2017, pp. 358-359) sí hace un análisis del bien jurídico protegido por el tipo penal:

Mediante esta tipificación penal se pretende cerrar el circuito delictivo de evitar cualquier espacio de impunidad, según una consideración de política criminal, sabedores de que la industria ilegal de los productos madereros revela varios eslabones, uno de ellos la tala indiscriminada de los árboles y otro, no menos importante, los actos propios de comercialización, transformación, venta de los especímenes forestales maderables protegidos por la legislación nacional. Es en este marco donde se advierte el ingreso de los productos maderables —al mercado— de procedencia ilícita, cuya actuación no solo produce una sustancial afectación a los recursos forestales, sino también a la hacienda fiscal, pues se trata de mercadería que está fuera del control tributario. (pp. 358-359)

Consideramos que el concepto de «bien jurídico protegido» es propio del derecho penal y que, en muchas ocasiones, el bien afectado por una conducta (hecho ilícito) podría ser exenta de responsabilidad penal y, sin embargo, acarrear la imposición de una responsabilidad civil, como ya lo hemos señalado, si existe un daño (a bienes ambientales) que es acreditado en el desarrollo del proceso. De ello, nacerá una obligación de reparar el mismo.

## 10. DAÑO AMBIENTAL

Hemos manifestado que de los elementos más importantes de la RCE, tenemos el daño. A continuación, veremos cómo se regula este desde el campo del derecho ambiental y sus categorías normativas.

En el artículo 142.2 de la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, LGA), «se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes», que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales. Según el numeral 2.3 del artículo 2 de la mencionada norma:

toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a estos, entre otros.

Se consideran los siguientes tipos de daño:

- **Daño real:** Detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio **actual y probado**, causado al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia del desarrollo de actividades humanas.
- **Daño potencial:** Contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos o circunstancias **con aptitud suficiente** para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas.

El artículo 74 de la LGA señala lo siguiente:

todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. **Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.** (El énfasis es nuestro)

## 11. LA TRAZABILIDAD PARA CUANTIFICAR EL DAÑO

De acuerdo con la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2021, p. 10), la evidencia de actividades ilegales vinculadas al comercio ilegal de madera y la deforestación ilegal incluye corrupción, fraude, evasión de impuestos, lavado de activos y crimen organizado, entre otros. Todo ello genera altas tasas de madera ilegal en los mercados nacionales e internacionales, al igual que tasas alarmantes de deforestación.

El delito de **tráfico ilegal de productos forestales maderables** abarca actividades que van desde el adquirir, acopiar, almacenar, transformar, transportar, custodiar, comercializar, embarcar, desembarcar, hasta el importar, exportar o reexportar productos o especímenes forestales maderables cuyo origen ilícito conoce o puede presumir el sujeto activo.

Resulta crucial, al momento de formular la pretensión civil, explicar y desarrollar el concepto de **trazabilidad** del recurso forestal, pues en virtud de este concepto-herramienta, se podrá tener información relevante acerca del recorrido de la madera, desde el bosque hasta los consumidores finales.

En el Perú, existe la Resolución de Dirección Ejecutiva n.º 230 – «Trazabilidad de los recursos forestales maderables»; en dicho documento, se definen los parámetros en materia de trazabilidad de productos forestales a través de las diferentes etapas productivas de la cadena forestal de la siguiente manera: 1) planificación, 2) aprovechamiento forestal, 3) transporte primario, 4) transformación primaria, 5) transporte secundario, 6) transformación secundaria, y 7) comercialización. Con el fin de garantizar la trazabilidad de los recursos forestales a lo largo de la cadena productiva, el Estado ha establecido diversas herramientas como estas: 1) plan de manejo forestal, 2) guía de transporte forestal, 3) libro de operaciones de títulos habilitantes, 4) libro de operaciones de centros de transformación, entre otros.

Dicho esto, y tal como lo señala Ipenza (2019), se han logrado identificar seis momentos delictivos del comercio ilegal de madera, los cuales abarcan desde el acceso a los recursos forestales hasta la comercialización de madera. El *modus operandi* del comercio ilegal de madera incluye varias formas en que las redes criminales están explotando los recursos forestales, y muchas de estas conductas consisten en operar con permisos y/o planes de manejo que contienen información falsa, guías de transporte forestal usadas para dar legalidad a la madera extraída sin autorización de aprovechamiento, declarar especies distintas de las transportadas, entre otros supuestos.

Una investigación moderna y avanzada debe incluir elementos de convicción que identifiquen la trazabilidad de las actividades ilegales en todo el comercio ilegal de madera. Las investigaciones requieren información técnica de otras entidades que tienen competencia dentro del sector forestal, pero solo el enfoque global permitirá investigaciones en las cuales no solo se procese al conductor/transportista, sino que se detecte a todos los participantes en el comercio ilegal de madera.

De la misma manera, una pretensión civil deberá abarcar todas las etapas del comercio ilegal de la madera, porque dependiendo del caso y/o investigación, habrá afectación a la administración forestal, al recurso natural, al mercado económico, etc.

## 12. PARÁMETROS PARA LA VALORACIÓN ECONÓMICA

La RCE, de conformidad con el artículo 93 el Código Penal comprende 1) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y 2) la indemnización de los daños y perjuicios.

Respecto del **numeral 1**, consistirá en una valoración económica que se efectúe con el propósito de **estimar el valor comercial de las especies forestales maderables** que fueron extraídas en trozas o transformadas; toda vez que el volumen aprovechado NO corresponde a árboles autorizados por la autoridad competente. Dentro del derecho civil, nos encontraríamos en la categoría de daño patrimonial emergente, y en el ámbito del derecho ambiental, estaríamos dentro de la categoría de daño ambiental real.

Respecto del **numeral 2**, consistirá, por ejemplo, en una valoración económica que se efectúe con el propósito de estimar el **costo de reforestación** por hectárea, que se origina al talar árboles no autorizados para su aprovechamiento. Cabe indicar que existen estudios acerca de la equivalencia y volumen que en promedio se determina por árbol y especie del área deforestada debido a su tala. Dentro del derecho civil, nos encontraríamos en la categoría de daño patrimonial emergente; y en el ámbito del derecho ambiental, estaríamos dentro de la categoría de daño ambiental real. Si la pretensión civil ha sido formulada de manera que contiene los servicios ecosistémicos relacionados con los bosques, cambiaría la categoría del daño civil y ambiental.

A modo de ejemplo, tenemos que en la Carpeta Fiscal n.º 42-2018, el **Equipo Forense Especializado en Materia Ambiental** del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público (en adelante, Efoma), realizó la valoración económica, la cual se plasmó en el **Informe Técnico n.º 028-2019-MP-FN-IML-JN/GEPERIT-EFOMA**. En este, se señaló que se ha utilizado una variedad de parámetros de valoración económica con el fin de obtener una apreciación monetaria:

DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD
Valor comercial de la madera – Precios de mercado	S/.	42,124.54
Valor estado natural – Pago de derecho de aprovechamiento	S/.	504.00
Valor Servicio Ecosistémico de Secuestro de CO <sub>2</sub>	S/.	5,793.15
<b>VALOR ECONÓMICO TOTAL</b>	<b>S/.</b>	<b>48,421.69</b>

Fuente: Informe técnico n.º 028-2019-MP-FN-IML-JN/GEPERIT-EFOMA.

En esta carpeta fiscal, se investigaba el tráfico ilegal de productos forestales maderables, al haberse determinado que la madera comercializada provenía de un área no autorizada para el aprovechamiento. En el informe, observamos que el Efoma ha utilizado entre los parámetros de valoración económica para el cálculo de la determinación de la reparación de los daños: 1) **el valor comercial de la madera**, 2) **el pago del derecho de aprovechamiento**, y 3) **el valor de servicio ecosistémico de secuestro de CO<sub>2</sub>**.

Para el análisis del parámetro 2), tenemos que respecto del artículo 93 del Código Penal, estaríamos en el numeral 2; la categoría civil del daño es extrapatrimonial, y en materia ambiental, el daño es real. En el análisis del parámetro 3), tenemos que de acuerdo con el artículo 93 del Código Penal, estaríamos en el numeral 2; la categoría civil del daño es patrimonial, y en materia ambiental, el daño seguiría siendo real.

El uso de los parámetros y/o metodologías para determinar la valoración económica del daño no tiene restricción alguna dentro de los ámbitos del derecho administrativo forestal, civil y penal; lo importante, en cada caso en concreto, será el evaluar con qué elementos de convicción se cuenta y si los hechos investigados tienen un mínimo de precisión en la información para poder desarrollar una cuantificación adecuada.

## 13. CONCLUSIONES

1. La obligación de resarcir no surge ni se deriva del delito, sino del daño producido; es decir, no se trata de un resarcimiento *ex delicto*, sino *ex damno*. Por ello, con razón, se afirma que sin daño, no habrá obligación de resarcir.
2. Decir que del acto dañoso nace una acción, ya es una impropiedad; lo que nace es una obligación y, correlativamente, un derecho del perjudicado. El que este lo haga valer en uno u otro proceso, juntamente con la acción penal o independientemente de ella ante el juez civil, en nada modifica su naturaleza ni su contenido.
3. La reparación civil se determina con base en el daño producido, con independencia de si el responsable por dicho daño la pueda pagar o no. Por lo tanto, el punto de mira de la reparación civil derivada del delito debe centrarse en el daño producido y no en el agente o sujeto activo de dicho daño.
4. La pretensión civil que se formule por el agraviado, y en concordancia con el concepto de trazabilidad del producto forestal, debe abarcar todas las etapas del comercio ilegal de la madera, porque dependiendo del caso y/o investigación, habrá afectación a la administración forestal (otorgamiento ilegal de derechos), al recurso natural (extracción, acopio, almacenamiento, transformación), al mercado económico (comercialización).
5. El uso de los parámetros y/o metodologías para determinar la valoración económica del daño no tiene restricción alguna dentro de los ámbitos del derecho administrativo forestal, civil y penal. Lo importante, en cada caso en concreto, será el evaluar con qué elementos de convicción se cuenta y si los hechos investigados tienen un mínimo de precisión en la información para poder desarrollar una cuantificación adecuada.

## 14. BIBLIOGRAFÍA

- Del Río Labarthe, G. (2010). *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Lima: Editorial ARA.
- Diez Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Di Majo, A. (2001). *La tutela civile dei diritti*. Milán: Editorial Giuffrè.

- García Cavero, P. (2015). *Derecho penal económico. Parte especial* (vol. II). Lima: Pacífico Editores SAC.
- Guerra Díaz, L. (2021). La pretensión civil en el proceso penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (142), 211-218.
- Guillermo Bringas, L. (2009). Aspectos fundamentales del resarcimiento económico del daño causado por el delito. *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, (4), 1-23. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/\\$FILE/Ilecip\\_Rev\\_004-02.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C4D85B6E06C0144305257E7C00627CD5/$FILE/Ilecip_Rev_004-02.pdf)
- Ipenza Peralta, C. (2019). *Abordando el primer delito ambiental: Tala ilegal – Los seis momentos del crimen*. Lima: Proética.
- Muñoz Conde, F., López Peregrin, C., & García Álvarez, P. (2013). *Manual de derecho penal medioambiental*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2021). *Guía de técnicas contables forenses aplicadas a delitos forestales*. Lima: Arkabas SAC.
- Peña Cabrera, A. (2010). Naturaleza jurídica de la reparación civil *ex delicto*. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (9), 10-15.
- Peña Cabrera, A. (2017). *Los delitos contra el medio ambiente*. Lima: Pacífico Editores SAC.
- Reátegui Sanchez, J. (2015). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Lima: Pacífico Editores SAC.
- Salinas Siccha, R. (2014). *La etapa intermedia y resoluciones judiciales según el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Grijley.
- San Martín Castro, C. (2006). Algunos aspectos procesales de la reparación civil. En J. Espinoza (Coord.), *Responsabilidad Civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. Lima: Editorial Rodhas.
- Taboada Cordova, L. (2015). *Elementos de la responsabilidad civil* (2.<sup>a</sup> ed.). Lima: Grijley.



# UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TIERRAS AGRÍCOLAS

Noé Humberto García Vera<sup>134</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. Origen de la norma penal y la evolución de las tierras agrícolas, 3. Evolución del delito de utilización indebida de tierras agrícolas, 4. El interés público en la adecuada y debida utilización de tierras agrícolas, 5. Estructura objetiva del tipo penal, 6. Palabras claves, 7. Análisis del tipo penal vía accesoriedad administrativa, 8. El informe fundamentado, 9. Desde un punto de vista constitucional, 10. Conclusiones, 11. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende esbozar los aspectos relacionados con el origen del delito de utilización indebida de tierras agrícolas, así como determinar la estructura objetiva del tipo penal. Es de precisar que en la república del Perú no hay muchos casos con este tipo de delitos que busca tutelar la perpetuidad y garantía de las tierras agrícolas como bien jurídico tutelado. En ese sentido, se abordará y enfocará el delito bajo una temática de conceptualizar palabras con relación al delito en mención, al análisis dependiente de manera relativa del delito en mención; ello, aparejado al informe fundamentado y al nivel de importancia; y, finalmente, a su trascendencia constitucional en el derecho comparado, al menos, dentro del contexto de América Latina y el sistema romano germánico.

## 2. ORIGEN DE LA NORMA PENAL Y LA EVOLUCIÓN DE LAS TIERRAS AGRÍCOLAS

Cuando sustentamos un origen de la creación de un injusto penal, podría tomarse, en estos tiempos postmodernos y contemporáneos, como un mecanismo que busca frenar la depredación de nuestros recursos naturales y conceder un aprovechamiento sostenible conforme lo garantiza la Constitución Política del Perú desde 1993, al indicarlo dentro de sus normas fundamentales, y según ley orgánica, que fija el uso y disfrute de los recursos naturales, sean estos renovables y no renovables.

134 Abogado egresado y titulado de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, de Huánuco, con estudios de maestría en Ciencias Penales y grado de Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán. Es egresado del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y del Diplomado en Gestión Pública de la Universidad Privada de San Martín de Porres. Desde el año 2015, ejerce el cargo de fiscal adjunto provincial en la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Huánuco - Distrito Fiscal de Huánuco, del Ministerio Público.

En ese orden de ideas, el derecho ambiental constituye una rama especial y muy importante, que, de por sí, está estructurando bases sólidas en todos los ámbitos judiciales: civil, administrativo, conciliador y penal. Este último constituye un instrumento de última *ratio* y ha de ser utilizado cuando las demás vías no hayan satisfecho las demandas de la colectividad en general o cuando se tenga que recurrir a la vía compulsiva como una forma que reprenda a los agentes activos del delito, ya sea asumiendo la responsabilidad como persona natural o en representación de una persona jurídica.

Por eso, respecto al tema de estudio, nos hacemos las siguientes interrogantes: ¿por qué se ha creado el injusto penal de utilización indebida de tierras agrícolas?, ¿el derecho penal, en este caso, cumple una finalidad desde un campo prohibitivo-normativo o desde el punto de la protección o tutela del bien jurídico que vienen a constituir las tierras agrícolas?

Si nos remontamos a la esencia de los orígenes del derecho romano-germánico, hagamos una reseña histórica y desprendamos solo el derecho romano, específicamente, el *Digesto*, en el que se otorgaba mayor preferencia y prioridad a los modos de adquirir y disponer del usufructo, es decir, de qué modo alguien usa y disfruta; así como el derecho de acrecer en el usufructo, la vindicación y la extinción del usufructo. Ello nos permite inferir que la concepción que se tenía por la tierra, independientemente de su naturaleza, era privatista; por tanto, el Estado no tenía un rol preponderante respecto a las áreas donde se realizaban actividades agrícolas, forestales u otros. Es más, se consideraban como actividades, al fin y al cabo, al servicio del que usufructuaba, sin cambiar la esencia de la cosa o el objeto para el cual era utilizada la tierra:

El propietario tiene derecho a gozar y disponer de las cosas de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico. Por las causas indicadas, la autoridad administrativa, dentro de los límites y con las formas establecidas por las leyes especiales, puede someter a particulares vínculos u obligaciones de carácter temporal a los establecimientos comerciales y agrícolas, salvo disposiciones de las leyes penales y de policía, así como de normas de ordenamiento corporativo y disposiciones particulares concernientes a bienes determinados; cuando el propietario abandona la conservación, el cultivo o el ejercicio de bienes que interesan a la producción nacional, en modo que perjudique gravemente las exigencias de dicha producción, puede darse lugar a la expropiación de los bienes por parte de la autoridad administrativa, previo el pago de una justa indemnización (Messineo, 1954, pp. 223-224).

En ese contexto, queda claro que en el sistema romano-germánico predominaba la disposición de la tierra en acuerdo de voluntades del propietario del fundo o predio con la del usufructuario, un hecho que solo tenía trascendencia en el ámbito privado y en el que no tenía injerencia el Estado. Solo existía el mandato prohibitivo entre partes de no cambiar la especie de la cosa, es decir, la naturaleza o los fines para los cuales era utilizado un determinado fundo; de lo contrario, dicha propiedad sería expropiada.

Por otra parte, en el caso del Imperio incaico, hay estudios recientes que señalan, respecto a las tierras, que se manejaba de la siguiente manera:

La hipótesis consiste en que la forma de acceder a la tierra en el mundo andino y por ende en el Estado Inca, se hacía a través del derecho de uso de ella, que tenía un carácter andino universal y se adquiere al momento de nacer dentro de un ayllu o comunidad; siendo este derecho reconocido, administrado y confirmado por el curaca a cargo y por el propio Inca en función, y donde su ejercicio estaba vinculado al uso de la fuerza de trabajo con el fin de satisfacer las necesidades de subsistencia, rituales o religiosas del habitante de los Andes. Mas no por el otorgamiento de un título de propiedad al modo occidental que le permitiera disponer, vender, donar y usufructuar la tierra. (Dávila Corrales, 2010, pp. 45)

La conclusión a la que llega este estudio científico-histórico, y también lo explica, es que la noción de propiedad, al modo occidental, de la tierra era totalmente distinta de la del mundo andino, puesto que el acceso a esta se manejaba en un sentido comunal bajo los principios de organización establecidos en el *ayni*, la *minca* y la *mita*. En cuanto a la disposición de las tierras o cambiar su naturaleza, se debía hacer la consulta al inca, curaca o a alguna autoridad del mencionado sistema, específicamente, en la organización de la *mita*.

Así, en esos tiempos, las tierras agrícolas eran divididas en tres clases: i) las tierras del inca, ii) las tierras del pueblo, y iii) las tierras del Sol. Las primeras se trabajaban en beneficio del inca, los altos funcionarios y la nobleza; en cuanto a las segundas, servían para el sustento de la familia o *ayllus*; finalmente, las terceras estaban destinadas al beneficio de los sacerdotes o para realizar ofrendas a los dioses en un contexto ritualista o religioso. Entonces, respecto a las actividades agrícolas, había tierras de uso privado y otras de uso y fines públicos.

El Virreinato se caracterizó por la aparición de grandes haciendas o latifundios, que eran los pilares básicos de la agricultura. La mano de obra en la costa fue proporcionada por los esclavos africanos y por los yanaconas en la sierra, es decir, por los indios que huían de sus pueblos para eludir el tributo y la *mita*, y trabajaban gratuitamente en las haciendas a cambio de una parcela para cultivar (fue el símbolo del feudalismo en los Andes). La producción agraria de los latifundios abastecía al reducido mercado interno: ciudades y centros mineros. Cabe mencionar que, en comparación con el aparato agrario incaico, la agricultura colonial fue de menor calidad y desarrollo (Carpeta Pedagógica.com, s. f.).

Durante la época republicana y en el actual periodo contemporáneo, la agricultura en el Perú ha constituido y es una actividad económica primaria, que utiliza recursos naturales fundamentales, como el suelo y el agua. En el Perú, tal actividad está influenciada por la diversidad climática, la distribución de los suelos y el relieve del territorio. En la actualidad, es la actividad económica en la que participa la mayor cantidad de peruanos que pertenecen a la población económicamente activa (PEA) (Carpeta Pedagógica.com, s. f.).

### 3. EVOLUCIÓN DEL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TIERRAS AGRÍCOLAS

El 8 de septiembre de 1990 se promulgó en el Perú el Código del Medio Ambiente. En el Capítulo XXI —De los Delitos y las Penas, artículos 119 al 127— se contemplaban los delitos ambientales. En el artículo 127, del uso ilegal de tierras agrícolas, se tipificó lo siguiente:

Será reprimido con pena de prisión no mayor de tres años y multa de la renta de 500 a 1,000 días:

- a) El que con fines de expansión urbana, construcción de viviendas u otros distintos a la actividad agropecuaria, utilice tierras ubicadas en áreas agrícolas intangibles.
- b) El que valiéndose de anuncios en el propio terreno o a través de medios de comunicación social u ofrezca en venta para fines urbanos u otro cualquiera, áreas agrícolas intangibles.

Cuando estos hechos fueran realizados por personas jurídicas, se impondrá la pena señalada, según corresponda, a los representantes legales, directores, gerentes, administradores o encargados de la gestión empresarial que los hubieran autorizado y sin perjuicio de la responsabilidad civil que solidariamente corresponda a la persona jurídica infractora.

La norma penal antes señalada, en comparación con el vigente Código Penal, en el artículo 311, no prescribe un mandato prohibitivo, es decir, el espíritu o la conducta reprochable no está circunscrita a lo que viene a constituir una actividad autoritativa de cambio de uso —como el deber ser—, sino que está en que se utilicen tierras para fines urbanos en áreas agrícolas intangibles, de tal manera que vía accesoriedad administrativa, la intangibilidad de estas áreas debió determinarse a través de un acto resolutivo o declarativo en ese entonces, emitido por los gobiernos locales o las entidades adscritas al Ministerio de Agricultura. Por tanto, concluimos que la configuración de las dos conductas ilícitas descritas en el Código del Medio Ambiente radica en la intangibilidad de las tierras agrícolas; de ello, se colige que aquellas no podrían ser utilizadas o cambiadas bajo ningún modo.

Después de muchos lustros, el delito de utilización indebida de tierras agrícolas se enmarca como un delito especial contemplado en el Código Penal, modificado por el artículo 3 de la Ley n.º 29263, publicada el 2 de octubre del 2008, en el que se encuadran por especialidad los delitos ambientales dentro del mencionado ordenamiento sustantivo, específicamente en el título XIII.

Con la promulgación de la mencionada norma, se busca criminalizar la conducta que afecta irrazonablemente y de manera desmesurada las tierras agrícolas que sirven de sustento para la alimentación básica de la humanidad, toda vez que la extinción de este tipo de tierra, como consecuencia lógica, conlleva que las poblaciones de todos los estratos sociales de nuestra república puedan pasar hambrunas o, en todo caso, alimentarse de productos sintéticos o no orgánicos, lo que ocasionaría un riesgo latente a la salud pública y ambiental.

Algunos especialistas en el tema han señalado que la continua explotación de los recursos naturales del planeta ha puesto a los ecosistemas en una situación de peligro tal, que, a la larga, puede amenazar el desarrollo del ser humano. La sobreexplotación de los recursos naturales está alcanzando un auténtico punto de no retorno en algunos sectores (Lozano Cutanda, 2010, p. 37): uno de estos es el sector agrario, en el que mayormente se está disponiendo de tierras agrícolas para aprovechamientos de otra naturaleza, como urbanos o de vivienda, para el aprovechamiento del material que emerge o se extrae del suelo, en detrimento de los bienes que puedan producir las tierras agrícolas de acuerdo a su origen.

## 4. EL INTERÉS PÚBLICO EN LA ADECUADA Y DEBIDA UTILIZACIÓN DE TIERRAS AGRÍCOLAS

La ordenación territorial planificada es el medio más idóneo para conciliar el interés individual que busca el máximo aprovechamiento y disfrute del suelo con el interés general, cuya pretensión es lograr el uso racional de la tierra (función social), aunado al hecho de que solo mediante una ordenación reguladora se pueda crear el equipamiento necesario para el beneficio de la comunidad, en tanto así se satisface la necesidad de los servicios mínimos indispensables (Corral Gijón, 1996, pp. 34-36)<sup>135</sup>. Hoy, el medio ambiente, incluso el urbano, es un aspecto fundamental para lograr ciudades sostenibles.

Las municipalidades tienen competencia constitucional para regular el desarrollo urbano, lo que sin dudas tiene incidencia en el medio ambiente. En efecto, el desarrollo y planificación de la ciudad tiene impacto en el entorno, lo que no necesariamente se evalúa al momento de aprobar licencias para habilitación urbana o edificaciones, máxime con el sistema actual del silencio positivo.

Los antecedentes expuestos respecto al ordenamiento territorial y a las competencias de los gobiernos locales no deben ser ajenos ni deben desentenderse los funcionarios y demás autoridades gubernamentales de instruir a la población en que cada porción de terreno tiene un determinado fin y aptitud.

Sustentamos esta posición en razón de que la propia Constitución Política del Perú señala que el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario<sup>136</sup>; consiguientemente, todas las autoridades y entidades del sector deben conceder el trato preferente al desarrollo agrario por constituir la fuente de alimentación de la población. Además, las municipalidades provinciales y distritales deben cumplir una función fundamental, que está dentro de sus atribuciones: específicamente, el concejo municipal debe aprobar el plan de acondicionamiento territorial de nivel provincial en el que se identifiquen las áreas urbanas y de expansión urbana, las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales, las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental declaradas conforme a ley<sup>137</sup>. Como se ve, los

135 Ver también Gonzales Barrón (2013, pp. 202 y 205).

136 Artículo 88 de la Constitución Política del Perú.

137 Artículo 9, numeral 4 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

«Artículo 79.- Organización del espacio físico y uso del suelo

Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones:

municipios tienen un rol preponderante en la protección de las áreas agrícolas; consecuentemente, deben realizar fiscalizaciones constantes a fin de que áreas agrícolas no tengan destinos o finalidades diferentes, puesto que se corre el riesgo de afectar la seguridad alimentaria, conforme lo podemos graficar cíclicamente dentro de un contexto distrital o provincial de la siguiente manera:



*Elaboración propia.*

## 5. ESTRUCTURA OBJETIVA DEL TIPO PENAL

En el artículo 313 del Código Penal, se señala lo siguiente:

El que, sin autorización de cambio de uso, utiliza tierras destinadas por autoridad competente al uso agrícola con fines de expansión urbana, de extracción o elaboración de materiales de construcción u otros espacios específicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años.

1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:

1.1. Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales; las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental».

Siguiendo la norma penal acotada, la labor de tipificación y consecuente configuración del tipo penal en referencia se estructuran de la siguiente manera:

1. **Agente activo.** Puede considerarse a cualquier persona o agente común. No hay en el presente caso una cualidad especial del sujeto activo.
2. **Norma prohibitiva.** Está relacionada con el cambio de uso del suelo agrícola realizado sin autorización.
3. **Actividades prohibidas.** Comprende las actividades con fines de expansión urbana, extracción o elaboración de materiales de construcción.
4. **Objeto material del delito.** Está constituido por las tierras agrícolas como objeto material de protección de los recursos naturales, y como tal, para este delito, es el bien jurídico a tutelar.
5. **Consumación y tentativa.** El delito se configura al utilizar las tierras agrícolas sin tener autorización para el cambio de uso con fines de vivienda, extracción o elaboración de materiales de construcción u otros espacios físicos; es decir, el enlace o núcleo rector, o la acción criminal, reside en desarrollar actividades que no tienen autorización.

El delito, de acuerdo con su naturaleza, por ser de comisión instantánea, constituye por sí mismo un delito instantáneo con efectos permanentes, pues una vez trabajada la tierra para los fines no predeterminados por ley pierde su capacidad de regeneración o, en todo caso, de aptitud agrícola. Ello genera daños graves que inclusive afectan el consumo alimenticio de la población.

Para estos casos, no se admite la tentativa debido a que no se encuentra ninguna fase inicial, intermedia o final que nos permita diferenciar actos reprimibles en el trámite administrativo relacionado con el cambio de uso de las tierras, quedando subsistentes los demás actos que puedan ser materia de fiscalización dentro de esa órbita o que inclusive puedan ser materia de cuestionamiento en la vía administrativa.

6. **Daño ambiental.** En el presente caso, el daño ambiental se relaciona con la afectación de las tierras agrícolas como medio u objeto de protección para sembríos agrícolas y de la subsistencia de la población, y por influjo ambiental, para garantizar el desarrollo armónico de una sociedad.

## 6. PALABRAS CLAVES

- **Autorización:** acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida.
- **Cambio de uso:** se relaciona con el cambio de la condición de un terreno natural para otro tipo de actividades.
- **Tierras:** involucra a los componentes clima (zonas de vida) y relieve.
- **Tierras agrícolas:** son las tierras dedicadas a la siembra y producción de productos agrícolas y afines, como frutícolas, y otras actividades complementarias, como la ganadería.

## 7. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL VÍA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA

Previamente, se debe señalar que, conforme al Reglamento de Clasificación de Tierras por su Capacidad de Uso Mayor, aprobado por Decreto Supremo n.º 017-2009-AG y en concordancia con el inciso b) del artículo 3 de la Ley n.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, se consideran recursos naturales el suelo, el subsuelo y las tierras según su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección.

En ese contexto, el punto que lleva a delimitar el campo de protección del injusto penal son los terrenos agrícolas, que para su clasificación se tiene el Reglamento de Clasificación de Tierras, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 0062-75-AG, publicado el 1 de setiembre del 2009.

En ese sentido, teniendo en cuenta que estamos en un periodo postmoderno, en el nuevo milenio, conforme al numeral 49.1 del artículo 49 del Reglamento de la Ley n.º 27308, aprobado por Decreto Supremo n.º 014-2001-AG, se estableció, o actualizó, una nueva categorización de las tierras según la capacidad de uso mayor, premisa básica y fundamental que aún se mantiene con el objeto de preservar los ecosistemas en pro de la calidad y salud ambiental. Los fines de esta ley se concretan de la siguiente manera:

- i. El uso racional del recurso suelo.
- ii. Evitar la degradación del suelo.
- iii. Establecer un sistema nacional de clasificación de las tierras.
- iv. Potencializar el suelo agrícola.
- v. Es aplicable en el territorio de la república.

Ahora bien, para determinar el objeto material del delito o que este es reprochable penalmente, se tendrá en cuenta dos factores que deben ser delimitados por las autoridades ambientales competentes:

- El primero se refiere al objeto material del delito: que sea predeterminado o constituya la tierra agrícola, vale decir, que esta constituya el elemento o bien jurídico que se va a tutelar como parte de unos de los componentes ambientales.
- El segundo no es menos importante: que se realice el cambio de uso de esta actividad como elemento objetivo del tipo penal, y también la parte antijurídica, de reprochar esta conducta de no tener autorización. Ello nos lleva a determinar el mandato prohibitivo como una condición indispensable para la configuración de este delito.

Por tanto, en sentido contrario, efectuar dichas actividades de cambio de uso con la autorización de la entidad competente sería atípico al no existir ninguna desobediencia administrativa o al no ser exigible bajo los parámetros predeterminados por el tipo penal.



Por ello, el Reglamento de Clasificación de Tierras por Uso Mayor (ver el artículo 1) tiene como fin promover y difundir el uso racional continuado del recurso suelo, con el fin de conseguir de este recurso el óptimo beneficio social y económico dentro de la concepción y principios del desarrollo sostenible, y de esta manera, evitar la degradación de los suelos como medio natural de bioproducción y fuente alimentaria. Por lo expuesto, el bien jurídico tutelado estaría determinado en las tierras agrícolas, enmarcado dentro de un desarrollo sostenible.

## 8. EL INFORME FUNDAMENTADO

Es una prueba documental que ha sido considerada en las anteriores reglamentaciones<sup>138</sup>. Establecido en el artículo 140 de la Ley General del Ambiente como una prueba indispensable para ejercer la acción penal y, por ende, la acusación fiscal, es hasta cierto punto considerado como una prueba privilegiada o preconstituida. Sin embargo, al encontrarnos en un sistema de libertad probatoria y teniendo en cuenta como garantía el respeto a los derechos fundamentales —no tasada o legalista—, ello conllevó al legislador no poder restringir la evaluación de un caso y, por ende, su decisión en un elemento de convicción es hasta cierto punto muy discutible. Y lo es si se toma en cuenta que las entidades de fiscalización ambiental (EFA), en los ámbitos nacional, regional y local, no gozan de las capacidades logísticas, operativas y funcionales de conceder toda la información técnica y/o científica complementaria para cumplir con los requisitos objetivos del injusto penal.

En efecto, con la actual y vigente reglamentación, establecida por el Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM, en cuanto a la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente, en el artículo 3, se señala que el Estado, por medio de sus entidades y órganos correspondientes, diseña y aplica las políticas, normas, instrumentos, incentivos y sanciones que sean necesarios para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades en materia ambiental. Pero, además, determina taxativamente que el informe fundamentado no constituye un requisito de procedibilidad de la acción penal, por lo cual, el fiscal puede formular su requerimiento fiscal, prescindiendo de este, con las pruebas de cargo y descargo recabadas durante la investigación preparatoria. Sin perjuicio de ello, es obligatorio

138 Decreto Supremo n.º 009-2013-MINAM. Aprueban Reglamento del numeral 149.1 del artículo 149 de la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente:

«Artículo 5.- Procedimiento para solicitar el Informe Fundamentado

5.1. El Fiscal, en cualquier momento de la investigación y hasta antes de emitir pronunciamiento en la etapa intermedia del proceso penal, solicitará el informe fundamentado a la autoridad administrativa ambiental competente, conforme a lo establecido en el artículo 2 del presente Reglamento, a través de un oficio, el cual deberá contener el pedido expreso del informe fundamentado, adjuntando copia de la denuncia y sus anexos, otros actuados e información relevante para que la autoridad administrativa ambiental cuente con la información y documentación necesaria para la emisión de su informe».

«Artículo 2 Contenido del Informe

El informe fundamentado es de carácter técnico-legal. La autoridad competente elaborará el informe fundamentado por escrito, el cual contendrá como mínimo lo siguiente:

- A. Antecedentes.
- B. Base legal.
- C. Análisis de los hechos, precisando la relación causal entre éstos y el supuesto ilícito ambiental.
- D. Análisis de la base legal aplicable, sus alcances y efectos.
- E. Opinión ilustrativa sobre los elementos para una valoración de supuesto daño ambiental causado, cuando corresponda.
- F. Conclusiones.»

para la autoridad responsable de su elaboración la emisión del mismo, bajo responsabilidad.

Por lo tanto, el representante del Ministerio Público, ya sea en la investigación preliminar o en la investigación preparatoria, está en facultad de decidir respecto a la suerte de un caso con las resultas que ello implique, tanto más si es el propio reglamento que permite al fiscal solicitar a las entidades del Estado que le remitan documentos o informes que obren en su poder o bajo su custodia, relacionados con el ámbito de su competencia y que coadyuven a la consecución de los fines de la investigación penal. Esta prerrogativa funcional permite al fiscal acceder con mayor facilidad a los demás instrumentos o pruebas documentales que pueden ser más esenciales y de mayor relevancia en la decisión que se adopte.

No obstante, respecto a todo lo expuesto, se señala en el decreto mencionado líneas arriba, que se requiere que el informe fundamentado cumpla los principios de la formalidad y la regla práctica, y con los siguientes procedimientos:

5.1 Cuando se trate de delitos tipificados en el Capítulo II (delitos contra los recursos naturales) del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, la autoridad responsable de la elaboración del informe fundamentado es la Entidad que ejerza funciones de supervisión y/o fiscalización sobre el aprovechamiento, tráfico, y comercio de los recursos naturales, así como planificación y zonificación urbana, sea esta nacional, regional o local, respecto de la materia objeto de investigación penal en trámite.

Está claro: el sentido normativo es que la entidad que ejerce funciones de supervisión y/o fiscalización respecto al objeto que se viene investigando mencione una serie de actos o comportamientos humanos como el aprovechamiento, tráfico y comercio de los recursos naturales.

En el caso del delito «Utilización Indevida de Tierras Agrícolas», de acuerdo a su nomenclatura o grupo (tierras aptas para cultivo en limpio o para cultivo permanente), se refiere al aprovechamiento que uno puede obtener de las tierras agrícolas en el sentido de que luego de haber sido degradada o en todo caso la producción agrícola no rinde los mismos frutos, o tiene menor capacidad de cultivo, bajo un estudio técnico o científico y con las permisiones otorgadas por las autoridades competentes, esta puede ser utilizada para fines urbanos (viviendas) o se pueda extraer o elaborar materiales de construcción.

Al respecto, en el artículo 79 de la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se establece que las municipalidades provinciales son competentes para aprobar el plan de acondicionamiento territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales, **las áreas agrícolas** y las áreas de conservación ambiental. Entonces, las unidades orgánicas competentes para determinar las áreas agrícolas pueden estar determinadas por la gerencia de desarrollo urbano u otras que se denominan «gerencias de desarrollo local» en función a su plan director y su reglamento de organización y funciones (ROF).

## 9. DESDE UN PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

La Constitución Política del Perú señala que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica, se fijan las condiciones de su utilización y su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

En este aspecto, es importante señalar que, como premisa principal e importante, los recursos naturales, con base en su origen, son del dominio eminential del Estado; sin embargo, los particulares también pueden aprovecharlos bajo determinadas condiciones y reglas establecidas en la norma legal.

Ello está en función de la calidad del sujeto y el objeto para el cual son aprovechadas las tierras agrícolas. No obstante, la Constitución prescribe que las comunidades campesinas y nativas son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. Es así como el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario y garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan a dominio del Estado para su adjudicación en venta.

Eso nos lleva a determinar que hay disponibilidad de tierras que siendo antes de uso agrícola pueden ser utilizadas para otros fines, como extracción de materiales de construcción (recursos minerales no metálicos: arcilla, piedras, etc.), y para fines urbanos, siempre y cuando se cumpla con las normas técnicas de seguridad. Eso quiere decir que, de cambiar el destino que se pueda dar al uso de las tierras agrícolas de por sí, se podría generar un riesgo latente para el consumo interno de la población, puesto que tales tierras abastecen de productos de primera necesidad, indispensables para la subsistencia del ser humano. El cambio de uso de tierras tiene que ser controlado bajo un mandato imperativo de carácter prohibitivo impuesto por la ley con el fin de garantizar la alimentación básica de una sociedad.

Por lo expuesto, se observa que el bien jurídico trasciende el aspecto económico y social, y se ubica en un entorno ambiental: de no haber tierras agrícolas, se generaría un riesgo o peligro potencial para las generaciones venideras de no poder abastecerse de alimentos de primera necesidad.

A partir de la referencia a un medio ambiente «equilibrado», el Tribunal Constitucional considera que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, componentes bióticos, como la flora y la fauna; componentes abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo; ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. A todo ello, habría que sumar los elementos sociales y culturales aportantes del grupo humano que lo habite.

Tales elementos no deben entenderse desde una perspectiva fragmentada o atomizada, vale decir, en referencia a cada uno de ellos, considerados individualmente, sino en armonía sistemática y preservada de grandes cambios (ver la sentencia del TC n.º 018-2001-AI/TC).

Por consiguiente, la tutela de tal atributo esencial implica que la protección se extienda al sistema complejo y dinámico de todos los componentes, en un estado de estabilidad y simetría de sus ecosistemas, que haga posible, precisamente, el adecuado desarrollo de la vida de los seres humanos.

## 10. CONCLUSIONES

1. El delito de utilización indebida de tierras agrícolas constituye un delito ambiental de mucha importancia para prevenir y garantizar la protección de la fuente de los productos agrícolas necesarios para el consumo primario de la población y para garantizar el desarrollo sostenible de los suelos.
2. La utilización indebida de tierras agrícolas constituye una acción reprochable penalmente si es que no se cuenta con la autorización o permiso de la municipalidad provincial o municipalidad distrital correspondiente.
3. La extracción o elaboración de materiales de construcción en tierras agrícolas es una actividad cuya fiscalización debería estar a cargo de las direcciones regionales de producción o del Ministerio de la Producción, a excepción de los cambios o fines urbanos que deben continuar a cargo del gobierno local correspondiente.
4. La mejor protección o tutela del bien jurídico en relación con las tierras agrícolas debe residir en la intangibilidad debidamente registrada de las tierras agrícolas por parte de una autoridad competente que debe estar adscrita al Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, y debe ser descentralizada a nivel nacional.
5. La utilización de las tierras agrícolas como parte o forma estructural y natural de un suelo agrícola debe ser materia de una nueva regulación o reestructuración por parte de los gobiernos locales.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

- Carpeta Pedagógica.com. Plataforma Educativa de Recursos Digitales (s. f.). Agricultura en el Virreinato del Perú. <https://carpetapedagogica.com/agriculturaenelvirreinato>
- Corral Gijón, J. M. (1996). *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.
- Dávila Corrales, C. (2010). *El modo andino de propiedad de la tierra en el Estado Inca*. [Tesis de licenciatura]. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/732>
- Gonzales Barrón, G. (2013). *Derecho urbanístico* (7.ª ed., vol. I). Lima.
- Lozano Cutanda, B. (2010). *Derecho ambiental administrativo* (10.ª ed.). España: La Ley.
- Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial* (1.ª ed.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

# EL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TIERRAS AGRÍCOLAS TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 311 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

Carolina Amiry Cáceres Zúñiga<sup>139</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción: El bien jurídico protegido, 2. Ley penal en blanco en el delito de utilización indebida de tierras agrícolas, 3. Ordenamiento territorial como bien jurídico protegido, 4. Elementos normativos del tipo penal, análisis de las leyes extrapenales, 5. Delito permanente, 6. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN: *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO*

En el año 2008, se publicó la Ley n.º 29263. Esta modificó el Título XIII del Código Penal «Delitos Ambientales», cuyo título original era «Delitos Contra la Ecología». Este comprendía un único capítulo signado como «Delitos Contra los Recursos Naturales y Medio Ambiente». Con la entrada en vigor de la nueva norma, el Título XIII del Código Penal ahora cuenta con cuatro capítulos: el primero está referido a delitos de contaminación, el segundo contiene los delitos denominados contra los recursos naturales, el tercero está referido a delitos de responsabilidad funcional e información falsa y, finalmente, el cuarto capítulo hace referencia a medidas cautelares y exclusión o reducción de penas.

Esta ampliación o apertura de la legislación penal ambiental a nuevos capítulos nos traen nuevos tipos penales. Son la respuesta, no solo a las políticas criminales adoptadas en nuestra legislación para la creación de los delitos contra el medio ambiente, sino que también son la respuesta del Estado hacia su obligación de protección del medio ambiente como principio fundamental.

Ahora bien, para conocer y comprender los alcances de la referida obligación estatal frente a la protección del medio ambiente, es preciso revisar la Ley General del Ambiente, Ley n.º 28611<sup>140</sup>, cuyo objetivo es el orden del marco legal ambiental que rige la gestión ambiental en el Perú. Además, para hacer efectivo este orden en la

<sup>139</sup> Doctora en Derecho, magister en Derecho del Medio Ambiente, profesora del Doctorado en Derecho y de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Católica de Santa María. Profesora de la Maestría de Gerencia y Auditoría Ambiental de la Universidad Nacional de San Agustín. Fiscal Provincial de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental del Distrito Fiscal de Arequipa.

<sup>140</sup> Publicada el 15 de octubre del 2005.

gestión ambiental, la Ley General del Ambiente señala una serie de principios que tienen como objetivo el cumplimiento de la norma de más alta jerarquía nacional, que es la Constitución, y cuyo contenido busca asegurar el derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.

Es a partir de este mandato constitucional que el Estado, con el fin de hacer efectivo el ejercicio del referido derecho, está en la obligación de procurar una gestión pública ambiental eficaz para el logro de mejorar la calidad de vida de la población y el desarrollo sostenible del país.

Lo señalado nos lleva entonces a concluir que la gestión ambiental en el país es una pieza clave para la protección del medio ambiente. Sin perder esta idea básica de vista, volveremos a la situación anterior a la entrada en vigor de la Ley n.º 29263, es decir, al momento en que únicamente existía en el Código Penal un capítulo referido a la protección del medio ambiente por medio de la norma penal. Este único capítulo, que, a su vez, contenía algunos de los delitos con los que actualmente cuenta la norma penal ambiental, fue creado cuando aún no existía una base legal sólida respaldada en la gestión pública ambiental, que, como ya hemos señalado, se fortalece con la entrada en vigor de la Ley General del Ambiente. Podemos decir, entonces, que los nuevos delitos contra el medio ambiente (a partir de la vigencia de la Ley n.º 29263) encuentran sustento, sobre todo, en los derechos y principios contemplados en la Ley General del Ambiente, ley que rige el orden de la gestión ambiental en el país.

Partiendo de la gestión ambiental, que tiene como objetivo la protección del medio ambiente, debemos comprender que toda gestión implica una serie de acciones para alcanzar un determinado objetivo. En gestión ambiental, estas acciones tienen como fin la protección del medio ambiente, lo que, a su vez, implica el reconocimiento y efectividad, por parte del Estado, del derecho fundamental a gozar de un ambiente sano, adecuado y equilibrado para el desarrollo humano. Adicionalmente, se cuentan con instrumentos específicos para hacer efectiva la gestión ambiental, instrumentos que se encuentran descritos y desarrollados también en la Ley General del Ambiente. El artículo 16<sup>141</sup> señala qué son los instrumentos de gestión ambiental, mientras que el artículo 17<sup>142</sup> menciona los tipos de instrumentos de gestión ambiental, y en los siguientes artículos, se desarrolla el contenido de cada uno de estos instrumentos.

141 «Artículo 16.- De los instrumentos

16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país».

142 «Artículo 17.- De los tipos de instrumentos

17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

17.3 El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental».

Para ingresar al tema de fondo, el cual tiene como fin el análisis del delito de utilización indebida de tierras agrícolas, tipificado en el artículo 311 del Código Penal, nos remitiremos en un primer momento al artículo 17.2 de la Ley General del Ambiente. Evidenciamos que uno de los instrumentos de gestión ambiental es el **ordenamiento territorial**, instrumento directamente ligado al contenido y finalidad de protección ambiental penal.

Asimismo, el artículo 19<sup>143</sup> de la Ley General del Ambiente señala la planificación y ordenamiento territorial ambiental, claro está, como instrumento de gestión ambiental. El artículo 20<sup>144</sup> indica los objetivos de la planificación y ordenamiento territorial, mientras que el 21<sup>145</sup> desarrolla la asignación de usos, y el 22<sup>146</sup> hace referencia al ordenamiento territorial ambiental y a la descentralización. Finalmente, el artículo 23<sup>147</sup> habla sobre el ordenamiento urbano y rural. Se puede apreciar que el ordenamiento territorial, como

---

143 «Artículo 19.- De la planificación y del ordenamiento territorial ambiental

19.1 La planificación sobre el uso del territorio es un proceso de anticipación y toma de decisiones relacionadas con las acciones futuras en el territorio, el cual incluye los instrumentos, criterios y aspectos para su ordenamiento ambiental.

19.2 El ordenamiento territorial ambiental es un instrumento que forma parte de la política de ordenamiento territorial. Es un proceso técnico-político orientado a la definición de criterios e indicadores ambientales que condicionan la asignación de usos territoriales y la ocupación ordenada del territorio».

144 «Artículo 20.- De los objetivos de la planificación y el ordenamiento territorial La planificación y el ordenamiento territorial tienen por finalidad complementar la planificación económica, social y ambiental con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su conservación y aprovechamiento sostenible. Tiene los siguientes objetivos:

a. Orientar la formulación, aprobación y aplicación de políticas nacionales, sectoriales, regionales y locales en materia de gestión ambiental y uso sostenible de los recursos naturales y la ocupación ordenada del territorio, en concordancia con las características y potencialidades de los ecosistemas, la conservación del ambiente, la preservación del patrimonio cultural y el bienestar de la población.

b. Apoyar el fortalecimiento de capacidades de las autoridades correspondientes para conducir la gestión de los espacios y los recursos naturales de su jurisdicción, promoviendo la participación ciudadana y fortaleciendo a las organizaciones de la sociedad civil involucradas en dicha tarea.

c. Proveer información técnica y el marco referencial para la toma de decisiones sobre la ocupación del territorio y el aprovechamiento de los recursos naturales; así como orientar, promover y potenciar la inversión pública y privada, sobre la base del principio de sostenibilidad.

d. Contribuir a consolidar e impulsar los procesos de concertación entre el Estado y los diferentes actores económicos y sociales, sobre la ocupación y el uso adecuado del territorio y el aprovechamiento de los recursos naturales, previniendo conflictos ambientales.

e. Promover la protección, recuperación y/o rehabilitación de los ecosistemas degradados y frágiles.

f. Fomentar el desarrollo de tecnologías limpias y responsabilidad social».

145 «Artículo 21.- De la asignación de usos

La asignación de usos se basa en la evaluación de las potencialidades y limitaciones del territorio utilizando, entre otros, criterios físicos, biológicos, ambientales, sociales, económicos y culturales, mediante el proceso de zonificación ecológica y económica. Dichos instrumentos constituyen procesos dinámicos y flexibles, y están sujetos a la Política Nacional Ambiental».

146 «Artículo 22.- Del ordenamiento territorial ambiental y la descentralización

22.1 El ordenamiento territorial ambiental es un objetivo de la descentralización en materia de gestión ambiental. En el proceso de descentralización se prioriza la incorporación de la dimensión ambiental en el ordenamiento territorial de las regiones y en las áreas de jurisdicción local, como parte de sus respectivas estrategias de desarrollo sostenible.

22.2 El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional y en coordinación con los niveles descentralizados de gobierno, establece la política nacional en materia de ordenamiento territorial ambiental, la cual constituye referente obligatorio de las políticas públicas en todos los niveles de gobierno.

22.3 Los gobiernos regionales y locales coordinan sus políticas de ordenamiento territorial, entre sí y con el Gobierno Nacional, considerando las propuestas que al respecto formule la sociedad civil».

147 Artículo 23.- Del ordenamiento urbano y rural

23.1 Corresponde a los gobiernos locales, en el marco de sus funciones y atribuciones, promover, formular y ejecutar planes de ordenamiento urbano y rural, en concordancia con la Política Nacional Ambiental y con las normas urbanísticas nacionales, considerando el crecimiento planificado de las ciudades, así como los diversos usos del espacio de jurisdicción, de conformidad con la legislación vigente, los que son evaluados bajo criterios socioeconómicos y ambientales.

23.2 Los gobiernos locales deben evitar que actividades o usos incompatibles, por razones ambientales, se desarrollen dentro de una misma zona o en zonas colindantes dentro de sus jurisdicciones. También deben asegurar la preservación y la ampliación de las áreas verdes urbanas y periurbanas de que dispone la población.

23.3 Las instalaciones destinadas a la fabricación, procesamiento o almacenamiento de sustancias químicas peligrosas o explosivas deben ubicarse en zonas industriales, conforme a los criterios de la zonificación aprobada por los gobiernos locales.



instrumento de gestión ambiental, cumple un papel trascendental para proteger el medio ambiente, protección que, a su vez, se ve reflejada no solo en el marco normativo administrativo ambiental, sino también en la normativa penal ambiental.

Entonces, el artículo 311 del Código Penal tiene relación directa con la debida observancia del ordenamiento territorial y castiga penalmente la vulneración de este. Partiendo de esta realidad, se nos permite ubicar la naturaleza y objeto del delito en análisis, pues profundizaremos en el delito de utilización indebida de tierras agrícolas como un delito cuya protección está vinculada a los instrumentos de gestión ambiental (específicamente de ordenamiento territorial), gestión que tiene como finalidad la protección del medio ambiente y la efectividad del derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado.

Finalmente, todo lo desarrollado hasta este momento clarifica la protección genuina que ofrecen los delitos contra el medio ambiente, cuyo bien jurídico protegido, de manera general, se entiende, es el medio ambiente. Sin embargo, cada uno de los tipos penales ambientales protege un bien jurídico específico (que, a su vez, forma parte del medio ambiente), pero tienen como objetivo directo salvaguardar aquellos instrumentos de gestión ambiental, cuya finalidad es hacer efectiva la protección ambiental por parte del Estado. Así, si nos remitimos nuevamente al artículo 17.2 de la Ley General del Ambiente, nos percataremos de que cada uno de los instrumentos de gestión ambiental consignados en este forman parte del contenido de los tipos penales ambientales, pues dichos instrumentos son precisamente aquellas leyes penales en blanco que conforman la estructura o construcción jurídica de los delitos contra el medio ambiente.

Por lo tanto, cuando hacemos referencia al bien jurídico protegido, respecto a la norma penal ambiental, y señalamos que es el medio ambiente, debemos tener en cuenta que este comprende, una variedad de bienes y condiciones sujetas a una protección cuya efectividad está en manos de la correcta gestión ambiental que, como se viene señalando, se ejecuta por medio de sus instrumentos (instrumentos de gestión ambiental). Por medio de estos, podremos profundizar en cada uno de los tipos penales ambientales, como lo haremos con el artículo 311 del Código Penal, cuyo bien jurídico protege el ordenamiento territorial, incluidas sus características y condiciones especiales de manera específica, reiterando que (líneas abajo) el desarrollo de este bien jurídico protegido se hará con mayor profundidad.

## **2. LEY PENAL EN BLANCO EN EL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TIERRAS AGRÍCOLAS**

La política criminal en los delitos contra el medio ambiente está marcada por la *ley penal en blanco*, que muchas veces no se analiza a profundidad. Por ello, si se quiere saber cuál es el espíritu de una norma penal ambiental o, en otras palabras, saber cuál es la finalidad y objeto de su protección, es necesario analizar la ley penal en blanco que forma parte de su estructura normativa. En muchas ocasiones, esta política criminal (la de la ley penal en blanco) lleva a los operadores jurídicos a confusiones en el momento de emitir pronunciamientos, pues, como se ha indicado, estas normas penales ambientales se encuentran sumergidas en temas de derecho administrativo y en principios basados en el derecho ambiental, los cuales resultan ser, en muchas



oportunidades, opuestos a los principios del derecho penal clásico. Al respecto, Peña Cabrera (2014) señala lo siguiente:

Con la actual tipificación de los delitos medioambientales, se manifiesta una estructura típica de suma complejidad, basada esta apreciación, en su contextura configuradora donde no solo se emplea una serie de terminologías técnicas propias de la ciencia jurídica ambiental, sino que se apareja a ello, una estrecha y prominente vinculación con los sectores jurídicos administrativos. (p. 30)

Ciertamente, existe complejidad en las normas administrativas de gestión ambiental, pues están vinculadas a la normatividad penal ambiental. Por ello, al momento de tipificar un hecho como delito contra el medio ambiente, no es del todo recomendable utilizar un criterio jurídico estrictamente penal o basado en cuestiones sociales o en una investigación penal: el Acuerdo Plenario n.º 10-2019/CIJ-116, del 10 de setiembre del 2019, hace mención a la posibilidad que tienen los operadores de justicia para utilizar técnicas de investigación acorde con la naturaleza del caso en cuestión. Así, ordenar actos de investigación ordinarios como testimonios o constataciones puede servir en alguna medida como aporte, pero tales actos no van a ser determinantes y, en muchas ocasiones, hasta resultan innecesarios. Lo determinante siempre va a estar estrechamente relacionado con el debate técnico que deriva de los lineamientos contenidos en la normatividad de gestión ambiental; por tanto, en la medida en que la autoridad administrativa haga una efectiva fiscalización ambiental y los operadores jurídicos tengan un conocimiento especializado de esta, el derecho penal ambiental podrá ser utilizado de manera residual, como corresponde, resultando ser más efectivo y, en el campo penal, más exitoso.

La comprensión y el conocimiento de la ley penal en blanco son tan importantes que si no existieran, tampoco existiría un pronunciamiento de responsabilidad penal ambiental adecuado o sujeto a la propia finalidad de la norma.

Ahora, ingresemos al análisis del delito de utilización indebida de tierras agrícolas tipificado en el artículo 311 del Código Penal, que ya utiliza la técnica legislativa de la ley penal en blanco. Así, de la propia estructura de dicho tipo penal y del análisis apropiado de la ley penal en blanco, se evidencia por sí misma la naturaleza de su comisión. Al respecto, el referido tipo penal indica:

El que, sin la autorización de cambio de uso, utiliza tierras destinadas por autoridad competente al uso agrícola con fines de expansión urbana, de extracción o elaboración de materiales de construcción u otros usos específicos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años

La misma pena será para el que vende u ofrece en venta, para fines urbanos u otro cualquiera, tierras zonificadas como uso agrícola.

De la lectura y análisis de la redacción de esta ley penal, se desprende claramente que el **verbo rector**, en este delito (primer párrafo), está constituido por la acción de «**utilizar**» **tierras que han sido destinadas para el uso agrícola por la autoridad**

**competente**, sin cambio de uso. En cuanto **a la ley penal en blanco** que forma parte de la estructura de este tipo penal, se presentan dos condiciones normativas concretas de perpetración del delito: 1) que la utilización debe darse «sin la autorización de cambio de uso», y 2) que la utilización debe darse respecto a «tierras destinadas por la autoridad competente al uso agrícola».

En cuanto al segundo párrafo, el verbo rector está constituido por la acción de «**vender u ofrecer en venta**». Ahora bien, ya que el contenido de ambos párrafos tiene la misma naturaleza, es decir, la protección de la zonificación agrícola respecto a la posibilidad de darle un uso de fin urbano u otro cualquiera (como señala el tipo penal), continuaremos desarrollando el presente tema en referencia a las características principales de protección del este tipo penal, artículo 311 del Código Penal, lo cual alcanza al primer y segundo párrafo de este.

Además, se tiene que el tipo penal en referencia indica que la utilización de tierras agrícolas sin cambio de uso debe darse con fines de expansión urbana, extracción de materiales u otros usos específicos. En cuanto a estas últimas condiciones o formas de consumación del delito, podremos afirmar que además de ser elementos objetivos del tipo penal, se trata precisamente de la **forma o medio de la consumación del delito**. De esta manera, si se da un cambio de uso de tierras agrícolas para otro fin que no sea el descrito por el tipo penal, no estaríamos frente a una conducta delictiva que pueda subsumirse en el delito de utilización indebida de tierras agrícolas. Sin embargo, tal conducta sí podría constituir una infracción administrativa, ello, en mérito de la inobservancia del uso asignado por la autoridad competente.

### 3. ORDENAMIENTO TERRITORIAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Cuando damos lectura al tipo penal en análisis, a simple vista, podría parecer que su bien jurídico protegido serían las tierras agrícolas; entonces, estaríamos frente a un tipo penal de protección de los recursos naturales. Sin embargo, como se ha venido señalando, la protección del tipo penal está orientada a la debida observancia del ordenamiento territorial. No debemos perder de vista que el bien jurídico protegido del delito tipificado en el artículo 311 del Código Penal es «el Ordenamiento territorial de manera general y las características y condiciones especiales de este, de manera específica».

No se trata de restar importancia a las tierras agrícolas como recurso natural objeto de protección, sino de comprender que su condición está sujeta a una calificación normativa, y la propia norma penal incide en ello al señalar: «tierras destinadas al uso agrícola por la autoridad competente» (el énfasis es nuestro). Es decir, quien destina el uso de estas tierras es una autoridad administrativa y lo hace mediante un instrumento de gestión ambiental comprendido dentro de los lineamientos del ordenamiento territorial. Esta autoridad competente asigna un uso (agrícola) formal a determinado espacio y lo hace como acto de gestión ambiental, lo que, a su vez, tiene como fin la protección del medio ambiente: en este caso, la protección del uso de suelo agrícola.

Por lo tanto, el ordenamiento territorial, en su calidad de instrumento de gestión ambiental, cuyo objetivo es la protección del medio ambiente, y este, a su vez, en el caso del delito del artículo 311 del Código Penal, contiene una condición especial o

específica que serían las tierras agrícolas, resulta ser el bien jurídico protegido (en su extenso contenido) del delito mencionado. Sin embargo, en el momento en que la autoridad competente decida quitar la calidad (o uso) de agrícola a determinado espacio —utilizando, claro está, los lineamientos del ordenamiento territorial como instrumento de gestión ambiental—, la protección para un determinado espacio desaparece y, por lo tanto, su uso distinto o ajeno a la actividad agrícola deja de ser delito.

Por ello, se afirma que la protección de la norma penal, ciertamente, está dirigida al suelo agrícola, pero no como condición permanente o específica de recurso natural —como lo es cualquier otro recurso natural contenido, por ejemplo, en los tipos penales de los artículos 308, 308-A, 308-B o 308-C o los del 310—, sino que la norma penal cuida que se observe lo establecido por el instrumento de gestión ambiental de ordenamiento territorial; de lo contrario, la conducta puede ser pasible de sanción penal.

### 3.1 ¿QUÉ ES Y CÓMO SE EJECUTA EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL?

Entre los conceptos de ordenamiento territorial tenemos definiciones como la siguiente:

Es el conjunto de acciones transversales del Estado que tienen como cometido implementar una ocupación ordenada y un uso sostenible del territorio. Estas acciones regulan y promocionan la localización de la población, el desarrollo de todas las actividades económicas y sociales dentro del territorio, de forma que se logre un desarrollo sostenible que prevea las potencialidades y limitaciones existentes por los criterios ambientales, económicos, socioculturales, institucionales y geopolíticos. El principal desafío que tiene el ordenamiento territorial es mantener y mejorar la calidad de vida de la población, fomentar la integración social en el territorio y procurar el buen uso y aprovechamiento de los recursos naturales y culturales. (Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial del Uruguay, 2020)

Asimismo, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura-FAO (s. f.) señala lo siguiente:

El ordenamiento territorial (OT) puede definirse como “una política de Estado y un instrumento de planificación del desarrollo, desde una perspectiva sistémica, prospectiva, democrática y participativa, que orienta la apropiada organización político administrativa de la Nación y la proyección espacial de las políticas sociales, económicas, ambientales y culturales de la sociedad, garantizando un nivel de vida adecuado para la población y la conservación del ambiente, tanto para las actuales generaciones, como para las del futuro” (Lücke, 1999, como se citó en FAO, s. f.).

El OT es al mismo tiempo:

- Una política pública, en la medida que involucra la toma de decisiones concertadas de los actores sociales, económicos, políticos y técnicos, para la ocupación ordenada y el aprovechamiento del territorio.
- Una disciplina científica, que forma parte de la política de Estado sobre el desarrollo sostenible.
- Un proceso técnico-administrativo, porque orienta la regulación y promoción de la localización y desarrollo de los asentamientos humanos, actividades económicas, sociales, y desarrollo físico, espacial.

Normalmente, la legislación estatal establece la normativa para el proceso de Ordenación Territorial (OT), al igual que su marco institucional; y define las características de los Planes de Ordenamiento Territorial (POT) a nivel nacional, departamental y municipal, los procedimientos para su aprobación y las competencias de las instancias relacionadas con el tema.

En el derecho nacional, la Política de Estado n.º 19 «Desarrollo sostenible y gestión ambiental» del Acuerdo Nacional establece el compromiso del Estado peruano a integrar la política nacional ambiental con las políticas económicas, sociales, culturales y de ordenamiento territorial, para contribuir a superar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible del Perú; así como a institucionalizar la gestión ambiental, pública y privada, para proteger la diversidad biológica, facilitar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, asegurar la protección ambiental y promover centros poblados y ciudades sostenibles, lo cual ayudará a mejorar la calidad de vida, especialmente de la población más vulnerable del país.

Además, el 25 de julio del 2021, se aprobó, mediante Decreto Supremo n.º 023-2021-MINAM, la Política Nacional del Ambiente al 2030. Uno de los objetivos prioritarios de esta política es «Fortalecer la gobernanza ambiental, con enfoque territorial en las entidades públicas y privadas», el cual, a su vez, tiene como lineamiento lo siguiente: «La incorporación del enfoque ambiental en la gestión del territorio», que se dirige a las entidades de los tres niveles de gobierno y entidades participantes en los procesos de zonificación ecológica económica y planes de manejo integrado de zonas marinas costeras.

Hasta el momento, todo lo señalado no solo nos sirve para ubicar el concepto de ordenamiento territorial y su incorporación normativa a nuestro país, sino que ayuda a comprender la importancia que tiene en la gestión y política ambiental orientada a la protección del medio ambiente y su relevancia como bien jurídico protegido por la norma penal ambiental. Por todos estos conceptos y normas consignados en este punto, debemos entender que la inobservancia al ordenamiento territorial tiene una merecida relevancia penal plasmada en la norma penal ambiental que es, más que cualquier otro campo legal, el que tiene relación directa con el ordenamiento territorial y la gestión ambiental.

Es pues este instrumento de gestión ambiental que pasa a dar protección legal a espacios específicos del territorio que cumplen con una misión de sostenibilidad para el medio ambiente, y cuya infracción legal es, en sí misma, la conducta delictiva sancionada por algunos delitos ambientales, como el que es materia del presente análisis, sin que el tipo penal necesariamente tenga que describir un daño concreto a las zonas agrícolas. Por ejemplo, el caso del delito tipificado en el artículo 310 del Código Penal, en el que se describe una serie de acciones que menoscaban bosques o formaciones boscosas, como quemar, talar, etc.

Aquí, la barrera es precisamente ese instrumento legal de observancia obligatoria que es garantía de la eficiente gestión ambiental. En el delito de utilización indebida de tierras agrícolas, es el cambio de uso —que debe ostentar cualquier administrado que pretenda utilizar de manera distinta un espacio zonificado como agrícola (para destino urbano, extracción de materiales u otro fin específico)— el que determinará si el hecho es típico. Ese cambio de uso, a su vez, es una condición formal administrativa que deriva de las normas y procedimientos que contiene el ordenamiento territorial o forman parte de la ejecución de este.

Para concluir, nos remitiremos al actual Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 022-2016-VIVIENDA. Este documento técnico normativo contiene los lineamientos que deben seguir los gobiernos locales y regionales en cuanto a la gestión sostenible del territorio. Además, regula los procedimientos técnicos que deben seguir los gobiernos locales a nivel nacional en materia de planeamiento y gestión del suelo, de acondicionamiento territorial y de desarrollo urbano de su competencia, lo que garantiza, entre otras cosas, la ocupación racional y sostenible de los centros poblados urbanos y rurales, así como de sus ámbitos de influencia. Del mismo modo, también señala la armonía entre el ejercicio del derecho de propiedad y el interés público, la distribución equitativa de los beneficios y cargas que se deriven del uso del suelo, etc.

Por lo tanto, este reglamento es una norma, por excelencia, mediante la cual se hace efectivo el ordenamiento territorial como instrumento de gestión ambiental. Su ámbito es de aplicación nacional y obligatoria para los gobiernos locales, los cuales tienen la función planificadora de sus circunscripciones. Por medio de esta norma reglamentaria, se otorgan los usos de suelo, siendo uno de ellos el uso agrícola, lo cual podemos verificar en el artículo 101 del reglamento en mención, cuyo contenido es la clasificación de las zonas de uso de suelo, subsuelo y sobresuelo. Precisamente, en el numeral 11 que señala la zona agrícola (ZA), se describe esta o su uso como aquella área rural dedicada a la producción primaria, calificada como no urbanizable.

En consecuencia, el uso agrícola al que hace referencia el tipo penal es una clasificación contenida dentro de los instrumentos de gestión ambiental que, además, reiterando, es de observancia nacional y de obligatorio cumplimiento.

## **4. ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO PENAL, ANÁLISIS DE LAS LEYES EXTRAPENALES**

### **4.1 ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO PENAL: AUTORIZACIÓN DE CAMBIO DE USO**

En cuanto al elemento normativo del tipo penal referido: «El que sin la autorización de cambio de uso», debe de señalarse que el uso al que hace referencia el tipo penal es un uso del suelo o del espacio geográfico, el que está relacionado con el instrumento de gestión ambiental denominado «ordenamiento territorial», por medio del cual se ordena un determinado espacio geográfico indicando la zonificación que le corresponde según la actividad que se llevará a cabo.

El uso de suelo o zonificación asignado por la autoridad competente es de observancia obligatoria, ya que ello se aprueba mediante una norma. El cambio de uso es un trámite administrativo cuyo procedimiento está estipulado, para el caso de los gobiernos locales, en el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, en los artículos que van desde el 103 hasta el 106. Dicho trámite culmina necesariamente con la expedición de una ordenanza municipal que modifica la ordenanza primigenia. Por lo tanto, para establecer si existe cambio de uso de una tierra zonificada como agrícola, debe de recurrirse, en este caso, tanto a las autoridades administrativas municipales como a las normas de ordenamiento territorial con el fin de determinar la zonificación de determinado espacio y, luego, si existe un cambio de uso respecto al originalmente otorgado.

En la ciudad de Arequipa, como en otros departamentos o provincias del país, se cuenta, por ejemplo, con un plan de desarrollo metropolitano, planes de desarrollo urbano y otros planes elaborados por los gobiernos locales. Estos planes han sido aprobados mediante ordenanzas municipales que tienen rango de ley y cuyo contenido está referido al uso del suelo según las capacidades y aptitudes de este. Las zonas agrícolas se encuentran zonificadas como tales en el Plan de Desarrollo Metropolitano; la utilización de estas para uso distinto y, específicamente, para los usos que señala el tipo penal del artículo 311 del Código Penal, hace que este delito ambiental sea el de mayor incidencia en la provincia de Arequipa.

Si bien es cierto que evitar la afectación a las zonas agrícolas es un objetivo primordial, no se requiere probar una afectación (en el sentido de causar daño material) para lograr una sanción penal. Lo que se requiere es probar que el administrado no cuenta con el cambio de zonificación para dar un uso distinto (alguno de los que señala el delito) con el fin de establecer la consumación delictiva de este, que más implica una intervención contraria al uso asignado, la cual, en muchos casos, puede incluso revertirse, aunque la acción delictiva ya haya sido consumada.

## 4.2. ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO PENAL: TIERRAS DESTINADAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE AL USO AGRÍCOLA

### 4.2.1. Autoridad competente

En cuanto al elemento normativo del tipo penal referido «tierras destinadas por la autoridad competente al uso agrícola», tal como ya se ha señalado en el considerando precedente, para determinar a la autoridad competente de asignar el uso de suelo, tenemos que recurrir también a normas extrapenales; y para determinar el uso del suelo, de igual forma, tenemos que recurrir a la autoridad administrativa encargada de asignar tal uso.

Todo ello no está directamente relacionado con la conservación de recursos naturales, pero sí lo está con el ordenamiento territorial y las normas y procedimientos que existen alrededor de este. Es mediante su observancia obligatoria que se está protegiendo un uso agrícola como actividad y como espacio que otorga también determinados servicios ambientales en un territorio. La autoridad competente en la mayor parte de casos, conforme la experiencia casuística, serán los gobiernos locales en torno a los planes de ordenamiento territorial, y en otras circunstancias, el Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego.

### 4.2.2. Destino de uso agrícola

Como ya se ha señalado, el destino de uso agrícola a un determinado espacio es una condición formal otorgada por la autoridad administrativa. No puede negarse que para otorgar dicha condición lo lógico es que existan condiciones naturales para la actividad agrícola o la posibilidad de estas: todo ello, bajo los estudios y análisis técnicos que correspondan. Sin embargo, para el tipo penal, lo que importa es la condición formal de zona agrícola otorgada por la autoridad.

Se señala esto, ya que, en muchas oportunidades, al momento de ejercer defensa en un proceso penal por la comisión del delito de utilización indebidas de tierras agrícolas, los imputados suelen argumentar en su defensa que, si bien el lugar materia de proceso penal está zonificado como agrícola, y efectivamente no se cuenta con un proceso administrativo de cambio de uso, dichas tierras agrícolas ya no sirven para la actividad. Para ello, previamente, deciden dejar de darles el uso agrícola y convertirlas simplemente en espacios de tierra que después, al no servir como agrícolas, servirán para un uso urbano, por ejemplo.

Con este argumento, muchas veces se ha querido sustentar la atipicidad de la conducta delictiva. Por ello, es en este elemento normativo del tipo penal —el destino que la autoridad competente le otorga para el uso agrícola— en el que más relevancia y notoriedad cobra la protección del ordenamiento territorial. El argumento de defensa que se ha señalado como ejemplo no es de recibo, porque la observancia que se le exige al sujeto activo del tipo penal —es decir, a aquella persona que utiliza (o vende)— no es a la actividad agrícola que pueda darle al espacio destinado para ello, sino a esa condición legal de destino que otorga la autoridad competente en nombre de la gestión ambiental que protege el medio ambiente.



De lo contrario, las tierras destinadas al uso agrícola, sobre todo en la ciudad de Arequipa, habrían desaparecido en gran parte, ya que si se permitiera dejar de dar uso agrícola —o señalar que en determinado lugar no se hace actividad agrícola— y luego se procediera a utilizar tal espacio con fines urbanos, esto permitiría la depredación sin control del suelo, el cual, reiteramos, se protege mediante la gestión ambiental y sus instrumentos.

## 5. DELITO PERMANENTE

En cuanto a la naturaleza del tipo penal, está sustentada, tal como se ha señalado, en primer lugar, por el verbo rector que es «utilizar», que significa, en una de las acepciones del *Diccionario de la lengua española*: «Aprovecharse de algo o de alguien» (Real Academia Española, 2014), entonces es una conducta o acción que permanece en el tiempo mientras el provecho o el uso persista; por lo tanto, este delito resulta un delito permanente. Sabemos que la persecución penal de una conducta delictiva no puede ser indefinida en el tiempo; por ello, la utilización indebida de tierras agrícolas culmina en dos circunstancias que tienen relación directa con la ley penal en blanco.

Estas circunstancias, además, constituyen la condición para la consumación del tipo penal; siendo así, la acción de utilizar cesa en el momento en que se obtiene el cambio de uso, que se logra, por medio de un procedimiento administrativo. La utilización indebida también cesa cuando, por disposición de la autoridad administrativa competente, determinado espacio o suelo deja de ser destinado para uso agrícola. Esta circunstancia también pertenece al ámbito administrativo debido a que las normas y los instrumentos de gestión ambiental —como el ordenamiento territorial— se van actualizando con el tiempo, y al hacerlo, se incorporan o cambian los usos, con el sustento correspondiente.

Otra de las circunstancias que podría dar lugar al cese de la utilización indebida, podría ser que el propio imputado o investigado, por voluntad propia, deje de utilizar indebidamente el suelo agrícola restituyendo el mismo a su estado anterior; es decir, en este caso, dependería de la voluntad del agente. Finalmente, también podría darse la circunstancia de que el municipio correspondiente, en ejecución de su sanción administrativa de demolición, ejecute la sanción y restituya así el uso agrícola. Así, **mientras el uso o utilización indebida de tierras zonificadas como agrícolas exista, con destino de expansión urbana, extracción de materiales o fines específicos, la comisión del delito persiste.**

Lo señalado también nos lleva a concluir que si la utilización indebida se consumó en el momento en que el predio estaba zonificado como agrícola y, posteriormente, cambia de uso, la conducta de utilización indebida sigue siendo pasible de sanción penal, ya que como, reiterativamente se viene señalando, la protección y observancia está dirigida a esa condición legal de uso que otorga la autoridad administrativa. Ello, además, está amparado por el artículo 8 del Código Penal que señala: «Las leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieran en vigor, salvo disposición en contrario».



Las normas de gestión ambiental, como las que forman parte de los lineamientos del ordenamiento territorial, se van actualizando. Debe tenerse presente que durante su vigencia son de trascendental importancia para la protección del medio ambiente (un claro ejemplo son las normas que declaran las vedas de recursos naturales); por lo tanto, la relevancia penal de su infracción está directamente relacionada con tal protección y debe llevarse a cabo la investigación y el proceso penal que correspondan.

Como se puede apreciar, la ley penal en blanco, en los delitos contra el medio ambiente, es determinante tanto para la tipicidad como para la configuración del hecho delictivo; aparte, comprender cómo conocer el marco normativo ambiental, sobre todo sus principios, es una condición necesaria de los operadores de justicia para garantizar una efectiva justicia ambiental.

Caso distinto se presenta con el segundo párrafo del artículo 311 del Código Penal, ya que el verbo rector es la venta o el ofrecer en venta tierras zonificadas como agrícolas, sin cambio de uso, para fines urbanos. **En este caso, la comisión del delito se consuma en el acto de la venta o en el acto u actos de ofrecimiento en venta.** Ahora bien, claro está que, al momento de la venta u ofrecimiento en venta, el predio debe estar zonificado como agrícola; si después de dicho acto aparece cualquiera de las circunstancias descritas líneas arriba, por las cuales el predio puede cambiar el uso, el delito ya se consumó en los actos señalados; por lo tanto, la conducta sigue siendo pasible de sanción penal.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Peña Cabrera, A. (2014). Análisis y comentarios de la Sentencia Casatoria n.º 382-2012 La Libertad. *Actualidad Penal*, 4, (30-42).
- Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial del Uruguay. (13 de julio del 2020). *¿Qué es el Ordenamiento Territorial?* <https://bit.ly/3MfQh4y>
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura - FAO. (s. f.). Ordenamiento Territorial. Marco Conceptual. *Plataforma de Territorios y Paisajes Inclusivos y Sostenibles*. <https://bit.ly/3wimC5c>
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española (23ª ed.)*. <https://dle.rae.es>

# ANÁLISIS Y PROPUESTAS NORMATIVAS PARA EL DELITO DE ALTERACIÓN DEL PAISAJE

Roldán Soto Salazar<sup>148</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. El concepto paisaje para la definición del bien jurídico, 3. La regulación del paisaje en el ordenamiento jurídico peruano, 4. Las dimensiones del concepto paisaje, 5. La regulación del paisaje en los instrumentos internacionales, 6. El paisaje y el derecho de propiedad, 7. Criterios para la protección penal y administrativa del paisaje, 8. El paisaje como bien jurídico en el Código Penal, 9 El sujeto activo y pasivo del tipo penal, 10. Los elementos objetivos del tipo penal, 11. El informe fundamentado para el delito de alteración del paisaje, 12. Los elementos subjetivos del tipo penal, 13. Reflexiones finales, 14. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, es notorio el crecimiento desmedido y desordenado de muchos espacios naturales que se convirtieron en ciudades o megalópolis y originaron problemas ambientales urbanos debido al rápido crecimiento y a la acelerada concentración de la población en un solo lugar o espacio sin ningún criterio paisajístico.

La contaminación visual, la minería ilegal, las invasiones, el tráfico de terrenos, los botaderos ilegales, la contaminación del agua, el hundimiento del suelo, la falta de infraestructura para el suministro de sistemas de alcantarillado y la excesiva acumulación de residuos sólidos son algunos de los muchos problemas que se generan por el crecimiento desordenado de las ciudades a causa de la alta demanda de la población que requiere una vivienda. Este drama social tiene repercusiones incuestionables en el aspecto ambiental, porque conlleva la reducción de las áreas de conservación regional, áreas naturales protegidas, áreas verdes de uso público, y ocasiona la pérdida progresiva de lomas costeras, humedales, parques y demás ecosistemas.

Vivir en espacios urbanos o rurales en armonía con las áreas de conservación regional, áreas naturales protegidas y/o áreas verdes de uso público se ha convertido en un lujo del que pocos peruanos pueden presumir. En pocos distritos de nuestro país, los vecinos gozan de extensas áreas verdes de uso público y/o privado,

---

148 Estudios concluidos en el Doctorado de la UPG de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos (UNMSM). Magister en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios con la defensa de la tesis *El seguro ambiental en el ordenamiento jurídico peruano*. Fiscal titular especializado en Materia Ambiental, con estudios concluidos en la Maestría en Desarrollo Sostenible por la UPG de la Facultad de Geología de la UNMSM, abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, y con estudios de especialización en gestión ambiental, recursos hídricos y minería ilegal.

zonificaciones debidamente establecidas y un uso adecuado del suelo urbano y/o rural. Por lo general, las ciudades han crecido de manera desordenada sin ningún criterio paisajístico y/o ambiental. El espacio público se ha convertido en «tierra de nadie», abandonado por las autoridades públicas y al acecho de los traficantes de terreno.

En ese contexto, el delito de alteración del paisaje se encuentra tipificado como una medida punitiva de *última ratio* que busca penalizar estas conductas que alteran la armonía paisajística. Por ello, su estudio resulta importante, más, si se pretende identificar los principales problemas que se presentan en las investigaciones penales y/o judiciales.

Al respecto, analizaremos en estas líneas el tipo penal en mención comenzando por interiorizar el paisaje como bien jurídico que merece protección penal como última medida punitiva. Luego, desarrollaremos los elementos del tipo, mencionando en cada uno los principales problemas dogmáticos y probatorios que suelen presentarse. Asimismo, realizaremos una breve reflexión de la importancia de perseguir aquellas conductas ilícitas que atentan contra el paisajismo; finalmente, planteamos una propuesta de solución para una mejor administración de justicia ambiental.

## 2. EL CONCEPTO PAISAJE PARA LA DEFINICIÓN DEL BIEN JURÍDICO

En el *Diccionario de la lengua española* (DLE) (Real Academia Española [RAE], 2014), se tiene como primera acepción de la palabra «paisaje» la siguiente: «Parte de un territorio que puede ser observada desde un determinado lugar», y como segunda: «Espacio natural admirable por su aspecto artístico»; sin embargo, esta palabra ha sido utilizada en diversos campos del pensamiento humano (geografía, ecología, arquitectura, arte, ingeniería, paisajismo, etc.) con diversos significados, lo que ha originado numerosas variables. Por ejemplo, podemos encontrar la noción que representa en la ciencia geográfica, en la cual está etimológicamente vinculada a la noción de territorio y tiene una larga trayectoria asociada a algunas de sus escuelas, que la incluyeron como objeto de estudio en la geografía. Pero es a partir del siglo XX que se le vincula a la cultura, de ahí que existan dos concepciones de paisaje: una que la entiende como naturaleza (paisaje natural) y otra que la define como amalgama entre lo natural y lo cultural (paisaje urbano y/o rural).

En cuanto al surgimiento histórico de esta palabra, Fernández-Christlieb (2014) sostuvo que el término «paisaje» no aparece en la lengua española sino hasta 1708, y nace como una representación visual de un lugar concreto, como una técnica que se utilizaba en la pintura. Al principio, se solía pintar escenarios de fondo para acompañar la imagen de un santo y que representaba un lugar real. Con el pasar del tiempo, estos escenarios se convirtieron en el tema central y los personajes santos se pintaron cada vez más pequeños. Nace así un tipo de pintura cuyo tema central es la representación de un país o *paese* (de la lengua italiana).

Siguiendo a Fernández-Christlieb (2014), originalmente, es la porción del espacio que percibe el observador y que puede representar. Es de hecho:

la representación plasmada en una tabla, en un papel, en un lienzo o napa. De ahí surge la palabra mapa. El paisaje es como un mapa a escala local, pero no presenta una vista ortogonal del área que abarca sino más bien oblicua. Entre el público no especializado, la palabra paisaje evoca instantáneamente a un pintor con un caballete encaramado sobre una colina pintando lo que percibe en el valle. (p. 55)

En ese orden de ideas, asumiendo la tesis del citado autor, con el correr del tiempo el término «paisaje» se enriqueció y comenzó a funcionar, ya no como simple representación artística, sino como un concepto que permite al geógrafo analizar una porción del espacio compuesto de variables naturales y sociales que se van transformando con el correr del tiempo. Incluso, ahora podemos apreciar que este término es utilizado en diversas ramas del conocimiento humano como la arquitectura, la ecología, la lingüística, la arqueología, el derecho, etc., siendo en este último considerado como un bien jurídico objeto de protección legal por los valores escénicos y paisajísticos que representa. Así, encontramos normas de desarrollo dentro del derecho penal, urbanístico, administrativo, ambiental y civil.

La noción de paisaje no fue considerada dentro de las instituciones jurídicas, sino hasta que las graves alteraciones ocasionadas por el acelerado crecimiento de las ciudades, los usos inadecuados del suelo, la contaminación o perturbación visual, las invasiones, la falta de ordenamiento territorial, etc., obligaron a que el derecho considere el paisaje como merecedor de tutela mediante el derecho ambiental. Se le consideró como recurso natural que es necesario proteger para mitigar los efectos perversos del crecimiento desmedido y desordenado de las urbes, crecimiento que trata de paliar la necesidad humana de una vivienda a costa del perjuicio irreparable de los lugares y espacios de incomparable belleza paisajística.

En ese orden de ideas, el paisaje como recurso natural es parte del medio ambiente, en el entendido que este es todo aquel elemento biótico o abiótico que posibilita la vida, por lo que podríamos inferir que todo daño o perjuicio al paisaje es, a su vez, un daño ambiental; pero no todo daño ambiental es una alteración del paisaje, ya que el paisaje es un elemento más del ambiente. Esto nos permite concluir que existe una relación de género-especie entre el daño ambiental y la alteración o perjuicio del paisaje. El Convenio de Lugano, sobre responsabilidad civil por daños derivados de actividades peligrosas en el medio ambiente, como instrumento internacional, reafirma esta tesis al incluir el paisaje como un elemento integrante del medio ambiente.

Sin embargo, últimamente, la doctrina (Morel Echevarría, 2015, pp. 36 y 84) ha dejado atrás la relación del paisaje con la naturaleza y viene considerándolo como un subsistema independiente cuya misión fundamental es ofrecer una nueva perspectiva de protección por ser el único que no puede ser protegido si no se consideran sus dos componentes fundamentales al mismo tiempo: la naturaleza y la cultura, pues de esa exquisita mixtura nace el paisaje, como un interés jurídico colectivo, integrado en el más amplio del medio ambiente, y como tal, advierte la citada doctrina, el deber prioritario de protección por parte del Estado, pudiendo suponer la limitación de otros derechos e intereses privados.

Siendo el paisaje un subsistema independiente, podemos asumir la propuesta de la doctrina (Morel Echevarría, 2015, pp. 36 y 84) que el derecho del paisaje es uno de los capítulos del derecho ambiental, y como objeto de derecho, una noción que surge en confluencia de dos elementos: naturaleza y cultura, lógicamente, su resultado cae dentro del campo de aplicación del derecho ambiental, en el que uno de sus fines es proteger el sustrato natural que da soporte a este nuevo objeto de derecho, que ahora es observado como bien jurídico llamado «paisaje» (Morel Echevarría, 2015, pp. 36 y 84). En tal sentido, el paisaje no solo será un elemento más del ambiente, sino aquella relación del ser humano con el territorio, que puede ser entendida como un derecho subjetivo, ya que todos tenemos el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, agregando el derecho a disfrutar de un entorno paisajístico de incomparable belleza escénica.

En ese orden de ideas, para una adecuada protección penal del paisaje como bien jurídico, no será suficiente considerarlo como recurso natural, pues su ámbito protector estaría limitado a la composición de un determinado espacio geográfico a partir de la flora, fauna, suelo, agua y topografía que existen en ese lugar, sin considerar los elementos culturales, históricos y arqueológicos que pueden encontrarse en este mismo espacio. Ello implicaría limitar el paisaje, como parte integrante del derecho, a los recursos naturales y no como parte del derecho ambiental.

Para Mosset Iturraspe (1999, pp. 83-84), el paisaje viene a ser la expresión abreviada del «valor paisajístico» al lado de los valores históricos, arqueológicos, paleontológicos, científicos y ecológicos, estos últimos agrupados como «patrimonio cultural». El paisaje pone acento en los elementos naturales, tales como árboles, ríos, lagunas, ondulaciones del terreno y demás accidentes seminaturales; y con las construcciones, puentes, diques, edificios, etc., nos aproximamos más al patrimonio cultural, en una de sus acepciones. En fin, lo que se busca preservar con el paisaje es, sobre todo, la armonía entre los diferentes elementos que lo componen, que pueden ser desfigurados por otras construcciones o plantaciones inadecuadas o impropias (Bustamante Alsina, 1995, p. 42).

Del mismo modo, para Mosset Iturraspe (1999, pp. 17-20), el paisaje también es la impronta del hombre sobre la naturaleza y constituye un conjunto de elementos naturales y seminaturales, de plantaciones de árboles, de cultivos, así como de edificios y otras construcciones, como monumentos, caminos y puentes que resultan de la ocupación humana del territorio durante centenares de años. Es decir, para este autor, el paisaje posee dos elementos importantes: lo natural, creado por la misma naturaleza, y aquello cultural, en cuya creación ha intervenido el ser humano. Ambos elementos pueden yuxtaponerse en un solo espacio y tiempo determinados, conocido como «paisaje cultural» o «paisaje urbano»; pero el natural puede ser prioritario o dominante en el espacio, supuesto en el cual lo denominamos «paisaje natural».

En esa línea de ideas, Martín Mateo (1991, pp. 505-507) refiere que existen tres características para identificar un paisaje: estabilidad, visualización y utilidad. En cuanto a la estabilidad, el paisaje debe ser estable, por lo menos, durante un periodo. Hay valoración de la fragilidad visual en cuanto a susceptibilidad al cambio y grado de expresión de potencial evolución. Los componentes más importantes en el paisaje son la vegetación y el agua, pero también se insertan otros elementos del reino mineral que crean componentes inanimados.

Respecto a la segunda característica, según Martín Mateo, se encuentra la visualización, en tanto el paisaje es algo que se percibe por la vista, aunque también puede ser

detectado gratamente por otros sentidos (que nos permiten percibir el olor de las flores, la brisa, el rumor de las olas), pero lo relevante es la percepción visual: para que exista, es necesario que lo percibamos. Por último, está la utilidad: el paisaje es un recurso natural, en el sentido de que es suministrado por la naturaleza, es escaso y proporciona satisfacciones a quienes lo perciben. Los beneficios pueden ser exclusivamente extraeconómicos, consistentes en el mero placer estético, en la sensación de equilibrio, de calma, felicidad o en la satisfacción lúdica asociada a la contemplación de la belleza o a las emociones suscitadas por las referencias culturales (Martín Mateo, 1991, pp. 505-507).

Molina Saldarriaga (2013) entiende el paisaje basado en tres principales características: recurso natural, producción humana e identidad, en los siguientes términos:

El paisaje ha sido entendido como recurso, y como producción humana y elemento de identidad. En el primer caso, el paisaje es un recurso natural, suministrado por la naturaleza, escaso y que proporciona satisfacciones a los seres humanos —estéticas, materiales, espirituales—. Abocado a su control, el derecho regula la producción y transformación de recursos, así como su circulación y consumo, a través de distintos regímenes normativos. En tanto producción humana, el paisaje es construcción cultural y elemento de identidad. Surge a partir de las relaciones que los seres humanos tejen con el entorno y de los procesos de significación y asignación de sentido. El paisaje como constructo cultural es el centro de atención de la identidad territorial y, por ello, objeto de regulación y control a través de la normativa de planificación y gestión del suelo. (p. 63)

De estas definiciones que la doctrina nos proporciona sobre el paisaje, observamos un elemento común: el paisaje como recurso en tanto es proporcionado por la naturaleza, que puede causar satisfacción en su disfrute o frustración en su alteración. Es decir, el concepto de paisaje no puede estar ligado únicamente a la percepción o visualización de un determinado territorio geográfico que contenga elementos placenteros, sino que está relacionado con la naturaleza, así sea en un espacio urbano: lo natural o verde completará aquel paisaje entendido como construcción social merecedor de protección penal.

Siendo así, podemos proponer un concepto del paisaje que ayude a perfilar el bien jurídico materia de protección penal en el artículo 313 del Código Penal, como aquella parte del territorio geográfico compuesto por lo urbano, cultural y/o natural, en donde interactúan elementos naturales (suelo, agua, flora, fauna, etc.), urbanos y/o culturales (patrimonio histórico, patrimonio cultural, etc.) que la sociedad hace suyos desde una dimensión subjetiva (ideológica, simbólica, sentimental, etc.) y reconoce como categoría materia de protección por la sensación de satisfacción plena que genera el contemplarlo o incomodidad por observar su desorden o alteración.

Como es lógico, a lo largo del desarrollo doctrinal, se encontrarán mayores definiciones o conceptos del paisaje. Nosotros hemos querido ensayar esa definición sin desmerecer las que puedan existir, con la única finalidad de poder contribuir al debate académico y centrándonos fundamentalmente en los principales componentes que integran el paisaje: lo cultural, urbano, natural, y el alto contenido subjetivo en su disfrute y contemplación. Ahora bien, pasemos a presentar lo que el ordenamiento jurídico peruano ha expuesto.

### 3. LA REGULACIÓN DEL PAISAJE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En nuestra carta magna, no se encuentra ningún artículo referente al paisaje como recurso natural; solo encontramos categorías como ambiente, Amazonía, áreas naturales protegidas, recursos naturales, etc. A comparación de ello, en la norma constitucional italiana, el paisaje tiene un reconocimiento constitucional en el artículo 9, según el cual se tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la nación italiana; además, vía interpretación de los tribunales italianos, la protección constitucional del paisaje también incluiría el medio ambiente.

En las normas de desarrollo constitucional, como el artículo 112 de la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente, el paisaje es definido como un recurso natural, por lo cual se dispone que el Estado promueva su aprovechamiento sostenible como recurso natural mediante el desarrollo de actividades educativas, turísticas y recreativas. Sin embargo, el paisaje, solo en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural, tal como se indica en el último párrafo del artículo 3 de la Ley n.º 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

La referida legislación no realiza mayor desarrollo ni esfuerzo por delimitar los contornos o elementos integrantes del paisaje, solo lo reconoce como recurso natural en tanto sea objeto de aprovechamiento económico. Pero se omite sobre el paisaje aquella mixtura entre lo natural y cultural de considerable valor paisajístico, que como tal, puede considerarse como el mayor grado de transformación de recursos y paisajes naturales que constantemente se transforman en paralelo con el desarrollo y progreso de la ciudad y que incide en la calidad de vida de las personas, al punto que podríamos postular por el reconocimiento del derecho al paisaje como conjunto de normas dirigidas a la protección de valores, bellezas y armonías del entorno que rodea a los ciudadanos sin que necesariamente pueda ser objeto de aprovechamiento económico.

Similar situación se aprecia en Colombia (Molina Saldarriaga, 2013), donde se señala lo siguiente:

La normativa colombiana no es clara en el tratamiento del paisaje, ni como concepto ni, mucho menos, como categoría jurídica. Ello pone de manifiesto una preocupación por la determinación del alcance del concepto paisaje, su tratamiento y las posibilidades jurídicas de exigir su protección. (p. 55)

Considerar el paisaje como recurso natural en tanto sea objeto de aprovechamiento económico tiene un sustento patrimonialista y antropocéntrico, propio de la filosofía occidental, que sitúa al hombre como centro y medida de todas las cosas. El paisaje es considerado recurso natural solo en tanto sea aprovechado por el ser humano, desmereciendo cualquier otro criterio de relación con la naturaleza. En este punto, la doctrina (Zubelzu Mínguez & Allende Álvarez, 2015, p. 32) indicó que esta relación entre el recurso y su valor económico implica una doble consecuencia sobre el paisaje: al ser sustento de la actividad productiva que se desarrolla sobre él, se convierte en



factor productivo directo; y como bien poseedor de un valor intrínseco explotable, se torna producto final, en la medida en que existe un consumidor dispuesto a hacer uso de él. Las referencias anteriores conducen al carácter patrimonial del paisaje, derivado a su consideración como recurso.

El paisaje como patrimonio puede ser objeto de valoración económica mediante metodologías de uso directo o indirecto, pero sería discutible o polémico sobre aquellos espacios de incomparable belleza paisajística que no pueden ser sujeto de valoración económica de manera simple, como el paisaje precolombino, donde el dualismo entre sujeto contemplativo y objeto contemplado no existe, a comparación del paisaje desde la noción occidental. Sin perjuicio de ello, en nuestra realidad peruana aún se ha escrito poco respecto a la cuantificación del paisaje, pero no dejamos de resaltar la importancia de este tema, porque ayudaría a establecer criterios de indemnización más justos y proporcionados cuando se cometan ilícitos penales o administrativos por alteración o perjuicio del paisaje. En estos supuestos, tendríamos que realizar estudios económicos en cada caso, en concreto, por cada valor paisajístico vulnerado mediante la composición del paisaje, la calidad paisajística, el valor económico aproximado y el análisis del paisaje visual como servicio ambiental para la gestión sostenible de un área determinada.

Ahora bien, lo que no ocurre con las normas de desarrollo constitucional, sí ocurre con las normas administrativas de menor jerarquía, pues desarrollan con mayor detalle el paisaje como institución jurídica. Así, tenemos el Reglamento para la Declaratoria y Gestión de los Paisajes Culturales como Patrimonio Cultural de la Nación, aprobado por Decreto Supremo n.º 002-2011-MC, que precisa que el paisaje cultural es aquel producto de la interrelación hombre y naturaleza, evidenciada en sus diversas manifestaciones y expresiones culturales desde una dimensión territorial: ello, debido a que las dinámicas territoriales son variables activas en la construcción social y cultural del paisaje, donde se plasman los resultados de dicha construcción como manifestación viva. Con relación a esta dimensión territorial del patrimonio cultural, es evidente la existencia de una gran diversidad y complejidad de paisajes culturales, como resultado de un proceso histórico de transformación, uso y ocupación del espacio.

Asimismo, el artículo 7 de este dispositivo desarrolla las categorías del paisaje cultural, clasificándolas de la siguiente manera:

**a) Paisaje claramente definido, concebido y creado intencionalmente por el hombre:** Comprende los paisajes de jardines y parques creados por razones estéticas, que con frecuencia (pero no siempre) están asociados a construcciones o a conjuntos religiosos o monumentales.

**b) Paisaje que ha evolucionado orgánicamente fruto de una exigencia originalmente social, económica, administrativa y/o religiosa, y que ha alcanzado su forma actual por asociación y respuesta a su entorno:** Estos paisajes reflejan este proceso evolutivo en su forma y composición. Se subdividen en dos subcategorías:

**i) Paisaje relicto (o fósil).**- Es aquel que ha experimentado un proceso evolutivo que se ha detenido en algún momento del pasado, ya sea bruscamente o a lo largo de un período. Sus características esenciales siguen siendo, empero, materialmente visibles.



**ii) Paisaje vivo.-** Es el que conserva una función social activa en la sociedad contemporánea, estrechamente vinculada al modo de vida tradicional, y en el cual prosigue el proceso evolutivo. Al mismo tiempo, presenta pruebas materiales manifiestas de su evolución en el transcurso del tiempo.

**c) Paisaje cultural asociativo:** Es aquel que representa la fuerza de evocación de asociaciones religiosas, artísticas o culturales del elemento natural, más que por huellas culturales tangibles, que pueden ser insignificantes o incluso inexistentes.

Además, tenemos el Reglamento de Intervenciones Arqueológicas, que define el «paisaje arqueológico» como el resultado del desarrollo de actividades humanas en un espacio concreto en interacción con el ecosistema y que tenga un destacado valor desde los puntos de vista arqueológico, histórico, ambiental y estético. Se consideran como tales la infraestructura agrícola, como andenes, terrazas, canales, camellones y afines; infraestructura vial, como caminos prehispánicos e itinerarios culturales; espacios artísticos y arqueoastronómicos, como los geoglifos, arte en roca y similares. Esta definición comprende a los monumentos hasta ahora considerados como «paisaje cultural arqueológico». Algunos componentes del paisaje arqueológico, como los andenes, las terrazas, los canales, los camellones y la infraestructura vial prehispánica, por sus características, pueden seguir siendo usados conforme a su función original sin que esto ponga en riesgo su integridad estructural y arquitectónica. La determinación de este uso restringido se hará mediante resolución viceministerial.

En cuanto al paisaje como recurso natural, la normativa de las áreas naturales protegidas (ANP) ha desarrollado el procedimiento para su concesión a los particulares, con el fin de que puedan gestionar el paisaje natural que se ubica dentro de las ANP. Así, tenemos que el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado por Decreto Supremo n.º 038-2001-AG, señala que las ANP tienen como objetivo proporcionar oportunidades para la recreación y el esparcimiento al aire libre, así como para un desarrollo turístico basado en las características naturales y culturales del país, entre otros; precisa en su artículo 6, literal c), que corresponde al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp) aprobar las normas administrativas necesarias para la gestión y desarrollo de las ANP.

En esa misma línea, el Reglamento de Uso Turístico, aprobado por Decreto Supremo n.º 018-2009-MINAM, reconoce al Sernanp como autoridad nacional competente para otorgar derechos en representación del Estado, para el desarrollo de actividades de prestación de servicios turísticos relacionados con el aprovechamiento económico del paisaje natural, dentro del ámbito de las ANP, rigiéndose por la Ley de Áreas Naturales Protegidas y su Reglamento, el Plan Director, el Reglamento de Uso Turístico y demás normas del sector.

A su vez, el Reglamento de Uso Turístico establece las modalidades de otorgamiento de derechos para el aprovechamiento del recurso natural paisaje con fines turísticos a cargo del Sernanp, otorgándole la facultad de dictar disposiciones complementarias que resulten pertinentes para la aplicación de lo dispuesto en el citado reglamento. Bajo dicho marco, se aprobaron mediante Resolución Presidencial n.º 23-2014-SERNANP, del 28 de enero del 2014, las Disposiciones Complementarias al Reglamento de Uso Turístico de Áreas Naturales Protegidas, con la finalidad de establecer los lineamientos y procedimientos

generales aplicables a la prestación de servicios relacionados con el aprovechamiento económico del recurso natural paisaje dentro de las ANP de administración nacional, y de manera específica, de regular los procedimientos para el otorgamiento de derechos bajo las modalidades estipuladas en el Reglamento de Uso Turístico, como son las siguientes: concesión, contrato de servicios turísticos, permiso, autorización y acuerdo.

Aparte, los paisajes que se ubican fuera de las ANP cuentan con una difusa normativa sectorial, dependiendo de criterios ecológicos como los ecosistemas que lo integran: lomas costeras, bosques, humedales, etc., o criterios urbanísticos, como el uso del suelo urbano.

En cuanto a los paisajes como parte integrante de los humedales, para la Estrategia Nacional de Humedales (ENH), que adaptó la definición de humedales dada por la Convención de Ramsar, existen humedales costeros, andinos y amazónicos. Entre los costeros, están los manglares, las lagunas, los estuarios, las albuferas, los deltas, los oasis, los pantanos. Para este último, en el caso de los pantanos de Villa, también están categorizados en área natural, como refugio de vida silvestre. Por ello, toda alteración a los humedales costeros, como los pantanos de Villa, implicaría en sí una alteración del paisaje como recurso natural.

Respecto a los criterios urbanísticos, podemos citar la Ordenanza Municipal n.º 1852, que tiene como objeto establecer el marco normativo y los lineamientos generales que rigen la gestión de áreas verdes de la provincia de Lima para, de esta manera, contribuir con la creación, conservación, protección, valoración, manejo, mantenimiento y sostenibilidad de las áreas verdes como elementos esenciales para la mejora de la calidad de vida de las personas y del ambiente en la ciudad, garantizando la gobernanza y su uso público.

Esta ordenanza tipifica las áreas verdes de uso público en parques metropolitanos, parques zonales, parques distritales, parques ribereños, parques culturales, parques lomas, parques de protección paisajista, parques agrícolas, parques botánicos, parques lineales, parques zoológicos y bosques naturales. Pero lo más resaltante es que esta normativa extrapenal se relaciona literalmente con el tipo penal en mención en los siguientes términos:

En las áreas verdes de uso público no se permitirá el desarrollo de obras de infraestructura que sean ajenas a las finalidades de recreación activa o pasiva. Cualquier obra para habilitar infraestructura de soporte o equipamiento compatible que se realice para mejorar la gestión de las áreas verdes no podrá exceder los parámetros establecidos en el reglamento de la presente Ordenanza y deberá seguir el procedimiento de opinión favorable de la Gerencia del Ambiente descrito en el citado reglamento. **La contravención a esta medida dará lugar a la interposición de denuncia penal por alteración del ambiente o paisaje urbano o rural, contra quienes resulten responsables.** (El énfasis es nuestro)

Expuesto este marco normativo, podemos advertir que, hasta la fecha de la presente publicación, hemos identificado diversas normas nacionales relacionadas con el paisaje como parte del patrimonio cultural y natural, dentro de ANP y fuera de estas; así como aquellos paisajes que se disfrutan en el suelo urbano y/o rural. En ese sentido, para el análisis jurídico penal de la alteración del paisaje, deberemos tener cuidado en aproximarnos a la normativa sectorial pertinente, porque existe abundante disposición administrativa.

## 4. LAS DIMENSIONES DEL CONCEPTO PAISAJE

La literatura jurídica no ha encontrado una definición pacífica y libre de cuestionamientos al momento de definir paisaje, porque la idea genérica del paisaje comienza como un criterio subjetivo al tener como base todo aquello que ingresa a nuestro campo visual desde un lugar o espacio determinado. Es decir, el principal fundamento teórico del paisaje sería todo aquello que se aprecia desde nuestra visión en un momento y espacio determinados.

Podríamos llegar al absurdo de que la belleza paisajística dependerá de cada persona que aprecia su entorno con un alto contenido subjetivo. Para unos, un determinado espacio será considerado paisaje susceptible de protección y para otros no representará ningún valor incomparable. Es así que para configurar una alteración paisajística, la perspectiva estetizante del individuo será importante como elemento subjetivo del paisaje; por ello, Molina Saldarriaga (2013) indicaba que estudiar el paisaje obligaba a considerar desde los aspectos subjetivos, pasando por lo cultural, lo simbólico y lo estético —el comportamiento de los individuos—, hasta lo objetivo: la forma, la estructura y las relaciones que entre los elementos constitutivos del paisaje se producen.

Puede haber diversas dimensiones conceptuales de cómo se aprecia un determinado espacio paisajístico, pues justamente el paisaje tiene un alto contenido personalista por ser una idea que nace en las ciencias extrajurídicas trasladada o importada al derecho para poder tutelar, desde el momento que se vio amenazado, aquel espacio donde radicaba el hombre. Por ello, en este punto, quisiéramos resumir las dimensiones que se han recogido en la doctrina para tener un panorama global y, a partir de ello, construir criterios de gestión para su adecuada protección penal.

**CUADRO 1. DIMENSIONES DEL CONCEPTO PAISAJE**

<b>OBJETIVACIÓN DEL PAISAJE</b>	El paisaje como espacio geográfico de gran belleza.	«El paisaje son árboles, montañas, ríos (...)».
<b>SUBJETIVACIÓN DEL PAISAJE</b>	El paisaje es lo que vemos y percibimos.	«Para mí, el paisaje es la visión de aquello que nos rodea, algo así como una "foto del entorno"».  «El paisaje es la visión subjetiva del espacio. Conjunto de cosas: naturaleza, arquitectura, etc.».

<b>CUADRO 1. DIMENSIONES DEL CONCEPTO PAISAJE</b>		
<b>EL PAISAJE COMO MARCO DE VIDA</b>	El paisaje es todo / El paisaje como marco de vida.	«Paisaje es cada rincón del mundo..., el paisaje es todo lo que nos rodea..., el entorno en el que vivimos».  «El paisaje es aquello que vemos, el ambiente donde vivimos, como por ejemplo la ciudad, donde el paisaje conllevaría edificios, carreteras, etc. Ya pueden ser naturales, artificiales o una mezcla de ambos».
<b>ELEMENTOS QUE LO CONFIGURAN</b>	Elementos del paisaje.	«El paisaje es un conjunto de elementos naturales o artificiales, o mezcla de ambos, que forman un entorno creado por el hombre y la naturaleza».  «Es el medio que nos rodea, en el que vivimos, compuesto por distintos elementos bióticos, abióticos y antrópicos».
<b>CONSTRUCCIÓN DEL PAISAJE</b>	El paisaje como construcción social o cultural sobre el territorio.	«El paisajereflejaelcomportamiento de los ciudadanos».
<b>EL PAISAJE COMO FACTOR DE LA CALIDAD DE VIDA</b>	El paisaje como algo que desencadena sensaciones.  El paisaje como recurso económico.  El paisaje es capaz de generar un entorno saludable.	«Relajación de la mente».  «Para mí, el paisaje es la visión que tengo del lugar en el que vivo o de los lugares a los que voy y me pueden transmitir diferentes sensaciones».  «El paisaje son las cosas que vemos y de las que podemos obtener algún recurso».  «Es respirar aire puro, no tanta contaminación».
<b>NECESIDAD DE UNA GESTIÓN SOSTENIBLE</b>	Requiere de una gestión sostenible para generar bienestar.	«El paisaje es el lugar en el que habitamos y el cual debemos cuidar, y preservar nuestro patrimonio tanto natural como nuestra propia salud y bienestar».

Fuente: Cuadro tomado de Retos del Convenio Europeo del Paisaje para Introducir el Paisaje en el Sistema Educativo. Actualidades Investigativas en Educación, 16(02), 5.

## 5. LA REGULACIÓN DEL PAISAJE EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

En cuanto a los instrumentos internacionales, el Convenio Europeo del Paisaje –CEP– (Consejo de Europa, 2000), suscrito por los Estados miembros del Consejo de Europa el 20 de octubre del 2000 en Florencia (Italia), es el instrumento internacional más importante en materia de protección del paisaje. Este parte de reconocer la necesidad de alcanzar un desarrollo sostenible sobre la base de la relación equilibrada y armoniosa entre las necesidades sociales, la economía y el ambiente. Toma en cuenta que el paisaje es un factor importante en términos culturales, ecológicos, medioambientales y sociales, y constituye un recurso económico y para la generación de empleo, por lo que es importante su protección, gestión y ordenación.

El Convenio Europeo del Paisaje es el primer tratado internacional de desarrollo sostenible en el que se define el paisaje, en su artículo 1, inciso a), de la siguiente forma: «Una parte del territorio tal y como es percibida por la población, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales y/o humanos y de sus interrelaciones». Esta definición surge ante la preocupación por la degradación sin precedentes del paisaje en Europa en la segunda mitad del siglo XX y reconoce en la educación un instrumento para la conservación del paisaje. Siguiendo la doctrina (Molina Saldarriaga, 2012, p. 170), uno de los logros más que se debe reconocer es que este Convenio define al paisaje superando las visiones estrictamente naturalistas con las que ha sido abordado el paisaje y ha incluido un elemento perceptual que denota que la construcción del paisaje es un proceso cultural.

Luego, el mismo Molina Saldarriaga (2012, p. 170) nos refiere que, de este instrumento internacional es posible rescatar varios aspectos. En primer lugar, se reconoce jurídicamente el paisaje como elemento fundamental del entorno humano. El paisaje expresa la diversidad patrimonial natural y cultural, y es elemento indiscutible de la identidad. Ese reconocimiento jurídico parte de la configuración de una categoría jurídica justificada en el reconocimiento del paisaje como un elemento importante en la satisfacción de las necesidades de los individuos. Este instrumento internacional reconoce la autonomía del paisaje como valor merecedor de reconocimiento jurídico y se caracteriza por haber asignado al paisaje la cualidad específica de concepto jurídico autónomo, pues representa una cualidad de bienestar individual y social.

Otro instrumento internacional es el Convenio para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, que data del 12 de octubre de 1940. Con el propósito de evitar la extinción de especies de flora y fauna nativas, los países suscriptores expresaron sus deseos de proteger y conservar en su medio natural a individuos de todas las especies y géneros de flora y fauna. Asimismo, buscaron proteger y conservar paisajes de incomparable belleza, formaciones geológicas extraordinarias, regiones y objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico, y lugares donde existen condiciones primitivas. La finalidad de este Convenio es proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico, y los lugares donde existen condiciones primitivas dentro de los casos a los que esta Convención se refiere.

## 6. EL PAISAJE Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

Conforme lo expuso la doctrina (Lapalma & Levrard, 2013, p. 83), en ciertos supuestos es posible que un valor paisajístico materia de protección jurídica se encuentre dentro de una propiedad privada, por lo que existe un interés de la comunidad en su disfrute, lo cual implica gravar esta propiedad con lo que algunos autores llaman «función ambiental». Por ello, los propietarios, adjudicatarios, poseionarios o detentores de cualquier título sobre áreas de tutela paisajística no pueden destruir e introducir modificaciones que alteren los valores paisajísticos objeto de protección sin previamente contar con autorización del funcionario que tiene la obligación de evaluar la modificación, pero la autoridad competente será la primera en determinar los criterios urbanísticos y de zonificación para autorizar la modificación.

Debido a que la propiedad privada, como cualquier otro derecho subjetivo, ha dejado de ser ejercida con abuso y exceso, el propio ordenamiento jurídico le ha impuesto límites y restricción en la medida del principio de prevalencia del interés general como regla que permite preferir la consecución de objetivos nacionales o comunes sobre intereses particulares, más aún, si las normas relacionadas con el medio ambiente tienen la condición de ser normas de orden público de obligatorio cumplimiento. Por ello, el legislador peruano ha establecido en el artículo 6 de la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente, que el ejercicio de los derechos de propiedad y la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo del ambiente.

De ser necesario que se realicen modificaciones al paisaje que se ubica dentro o sobre propiedad privada, la intervención del Estado será importante para perennizar el estado actual del paisaje e indicar aquellos elementos paisajísticos, evaluar las propuestas de modificación y las medidas de mitigación y compensación paisajística. Para que ello se pueda hacer efectivo, es necesario que el Estado cumpla con su función pública de cautelar, supervisar, fiscalizar y sancionar aquellas conductas que transgreden las normas, obligaciones y prohibiciones de la gestión del paisaje.

La limitación de la propiedad privada o comunal es tal, que incluso si la propiedad se encuentra dentro de una ANP, cualquier persona natural o jurídica propietaria del predio deberá presentar una solicitud para el otorgamiento de una autorización para el desarrollo de actividades turísticas, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en las Disposiciones Complementarias al Reglamento de Uso Turístico de Áreas Naturales Protegidas de Administración Nacional, aprobadas mediante Resolución Presidencial n.º 161-2016-SERNANP.

En tal sentido, es fácilmente deducible que la propiedad se debe ejercitar dentro de los límites legales establecidos mediante leyes y reglamentos, pero las restricciones legales únicamente no las encontraremos en el Código Civil. Es posible hallar este tipo de restricciones dentro de otras leyes que desarrollan las limitaciones ambientales, paisajísticas, urbanas y culturales, comprimiendo el contenido de la propiedad dentro de un ámbito más restringido que el típico y normal fijado por el Código Civil. Por ello, siguiendo la doctrina nacional (Mendoza del Maestro, 2013) señala: «dado que la propiedad contiene diversas situaciones jurídicas, de ventaja como de desventaja, al igual que límites a su desenvolvimiento, cualquier afectación no puede considerarse como una vulneración del derecho de propiedad».

## 7. CRITERIOS PARA LA PROTECCIÓN PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL PAISAJE

Un concepto que se caracteriza por su alto contenido subjetivo y su dinamismo en su percepción necesita contar con criterios objetivos que constituyan a la persecución penal, pues es necesario diferenciar qué se debe proteger desde el derecho penal y cuál desde el derecho administrativo sancionador cuando los elementos paisajísticos se ven vulnerados por actuaciones, obras, construcciones, modificaciones o cualquier actividad antrópica. Para ello, tomaremos como referencia el estudio realizado por la doctrina española (Zubelzu Mínguez & Allende Álvarez, 2015) al momento de desarrollar los requisitos exigibles a los instrumentos para la gestión del paisaje.

Tenemos como primer indicador, *la calidad del paisaje*, en la medida que las características del paisaje y sus atributos físicos le generan una jerarquía de paisaje y una comparación entre ellos. Sin embargo, la ausencia de cánones de belleza universal no puede más que hacer dudar de la representatividad de la jerarquización de paisajes de diferente naturaleza y valorizar la concepción del paisaje territorializado. Pero siempre existirán criterios mínimos para considerar la belleza paisajística de un determinado espacio, incluso la cosmovisión del aspecto social puede influir en determinar la calidad del paisaje; por ello, este criterio debe ser analizado juntamente con otros criterios y no de manera aislada. No obstante, será siempre necesario recurrir a los estudiosos y especialistas en paisajismo, porque nos podrán ayudar a identificar aquellos paisajes con mayor relevancia que merecen protección penal y aquellos que ya fueron alterados o no guardan el valor paisajístico necesario.

Luego, se menciona *la fragilidad del paisaje* como una medida de la capacidad del medio para acoger determinadas actuaciones sin que se afecte la calidad paisajística. La fragilidad es resultado de la combinación de parámetros alusivos a la calidad y elementos relacionados con la capacidad del paisaje para ser visto, referidos no tanto a las preferencias sobre lo percibido, como a variables relacionadas con la accesibilidad o la frecuentación.

Respecto a la fragilidad, nosotros consideramos que es un elemento importante que se debe tener en cuenta cuando se pretende jerarquizar la protección penal de determinados espacios paisajísticos por encima de otros que solo podrían protegerse administrativamente, pues en la práctica existen ecosistemas que son considerados frágiles y, por lo tanto, necesitan mayor protección y consideración por parte de los instrumentos de tutela jurídica penal respecto de aquellos que no lo son y pueden ser protegidos por el derecho administrativo.

Así, en la costa peruana existen diversas lomas consideradas como ecosistemas frágiles que, por su naturaleza y singularidad, necesitan ser priorizadas en su protección en comparación con otros espacios que gozan de mayor resiliencia. Por ello, ante conductas que alteren su belleza paisajística, será importante que los instrumentos represivos de nivel penal actúen en defensa de la fragilidad ecológica de las lomas costeras. De igual forma, aquellos espacios históricos y culturales que gozan de singularidad irremplazable necesitarán mayor cuidado, como aquellas huacas y casonas coloniales que se suelen encontrar en nuestra ciudad capital y que representan parte de nuestra historia.



Continuando con la citada doctrina española, *la participación de la sociedad* será otro indicador para la gestión del paisaje, en la medida que la sociedad es la receptora del paisaje y quien otorga el valor, base sobre la cual se organiza la gestión; por lo tanto, esta debe ser incorporada de forma activa en el proceso. Pero Molina Saldarriaga (2012) reconoció que existe una dificultad en determinar a la población que se encargará de valorar el paisaje, sin que ello perjudique el hecho de que se debe considerar este indicador, también llamado *la dimensión social del paisaje*, acerca del cual expresó:

que se viene introduciendo en la normativa, impone nuevas consideraciones sobre su gestión. Es por ello que la participación comunitaria, en armonía con los principios democráticos definidos constitucionalmente, es fundamental en la ordenación del territorio rural y urbano. Es así como las comunidades pueden participar en la definición de los contenidos del Plan de Ordenamiento Territorial de acuerdo con los referentes de localización o identidad en la ciudad de las comunidades urbanas o rurales. (p. 189)

Ahora bien, nosotros también consideramos que otro indicador para la gestión del paisaje debe ser el *marco legal* que regula y protege un determinado paisaje, por el cual se justifica su protección. Por ejemplo, el escenario paisajístico de la Costa Verde merece protección de los instrumentos legales, porque cuenta con una norma especial que lo protege, un organismo técnico (Autoridad del Proyecto Costa Verde - APCV) e incluso cuenta con un plan maestro que nos permite establecer los criterios urbanísticos para las defensas costeras, así como los lugares propicios para ganar terrenos al mar, con el objeto de generar playas y espacios públicos, y articular el corredor ribereño de la Costa Verde.

Otro escenario urbanístico es el centro histórico de Lima y el distrito de Barranco, que cuentan con ordenanzas municipales especiales para su protección, las que impiden construcciones o alteraciones que perturben la armonía histórico-urbana. También podemos referirnos a los espacios públicos, parques y áreas verdes de Lima Metropolitana, que cuentan con ordenanzas que regulan cualquier tipo de obras o traslado de árboles que puedan alterar el paisaje urbano, tal es el caso de la Ordenanza n.º 1852-MML, vigente a la fecha de esta publicación. Así, la existencia de un marco normativo podría ayudarnos a diferenciar aquellas conductas que merecen protección penal de aquellas que solo podría justificarse con medidas administrativas.

Otro criterio es la *cosmovisión paisajística*, marco dentro del cual se configuró el paisaje peruano poco estudiado en nuestro medio. Pero existen autores como Crousse (2016, pp. 158-159), cuyo pensamiento podríamos considerar al momento de fijar criterios objetivos para una adecuada gestión del paisaje. Para este autor, es necesario establecer valores que ayuden en la concepción de futuros estudios sobre la intervención y recuperación del paisaje peruano, como la diversidad, reversibilidad, continuidad, identidad, verticalidad y articulación.

Las reflexiones de Crousse comienzan por considerar que las sociedades prehispánicas fueron paisajistas: interviniendo el medio ambiente e inventando sistemas de recreación de la naturaleza contruidos con una intención estética, además de utilitaria. El dualismo entre sujeto contemplativo y objeto contemplado no existe. El ser humano y su medio forman un todo indisoluble. Según Crousse, este conocimiento ancestral es clave para entender el paisaje peruano contemporáneo, en tanto el hombre no



interviene en el paisaje, porque se siente parte de este; no pretende dominarlo, sino adaptarse a este. Esa sería la gran diferencia con el pensamiento occidental.

Es importante tener en cuenta este criterio en el momento de intervenir un determinado paisaje natural o modificar un paisaje urbano ya intervenido, pues la gran diversidad paisajística, geográfica, climática y biológica que posee el Perú es producto de la mezcla o amalgama de la cosmovisión andina y del pensamiento paisajista occidental. Si comprendemos esta cosmovisión paisajística, la represión penal de la alteración del paisaje se limitaría a todo comportamiento que vulnere la armonía y el equilibrio paisajístico, dejando para el derecho administrativo toda aquella simple alteración irrelevante. Solo de esa forma, como lo refirió Crousse, podríamos prevenir los conflictos sociales, la degradación de los paisajes y la erosión cultural de las comunidades que lo habitan, ayudando a mitigar los conflictos.

Para diferenciar el ilícito penal del ilícito administrativo, también podríamos ensayar con otras fórmulas más simplistas, como el tamaño del área afectada, el tipo de paisaje, lo remediable o irreparable del perjuicio ocasionado, la reincidencia del ilícito administrativo, la renuencia del infractor, etc. Estos datos podrían descargarse en fórmulas matemáticas y, de acuerdo con parámetros establecidos, se podría delimitar objetivamente el ámbito administrativo y el ámbito penal. Este último debe necesariamente abocarse a aquellos perjuicios y/o alteraciones más graves e intolerables, despenalizando toda mínima alteración que pueda generarse.

Debemos comprender que no toda modificación del ambiente natural o el paisaje urbano o rural puede implicar en sí misma un hecho de relevancia penal ambiental para ser subsumido en el delito tipificado en el artículo 313 del Código Penal, ya que debería reprimirse aquella alteración desmedida, irreparable, continua, perpetua, desproporcional, extensa, etc., en clara armonía con los principios penales de *última ratio*, subsidiariedad o mínima intervención.

Hasta la fecha, no se cuenta con algún criterio objetivo similar a lo anteriormente expuesto, tampoco con jurisprudencia vinculante que ayude a discernir el ilícito administrativo del ilícito penal paisajístico, por lo que la discrecionalidad y la debida motivación son las herramientas que debemos utilizar para diferenciar aquellas alteraciones que no merecen trascender al ámbito penal de aquellas que sí se justifican por la gravedad del perjuicio ocasionado al paisaje.

## 8. EL PAISAJE COMO BIEN JURÍDICO EN EL CÓDIGO PENAL

Siendo que el delito tipificado en el artículo 313 del Código Penal se encuentra dentro del Capítulo II- Delitos contra los recursos naturales, permite inferir que el bien jurídico protegido vendría a ser el paisaje como recurso natural, más aún, si conforme al artículo 112 de la Ley General del Ambiente, Ley n.º 28611<sup>149</sup>, el paisaje es considerado como recurso natural y el Estado promueve su aprovechamiento sostenible mediante el desarrollo de actividades educativas, turísticas y recreativas. Pero ello no es suficiente.

149 «Artículo 112.- Del paisaje como recurso natural

El Estado promueve el aprovechamiento sostenible del recurso paisaje mediante el desarrollo de actividades educativas, turísticas y recreativas».

El paisaje como bien jurídico, más que recurso natural, es aquella parte del territorio geográfico compuesto por lo urbano, cultural y/o natural, donde interactúan elementos naturales (suelo, agua, flora, fauna, etc.), urbanos y/o culturales (patrimonio histórico, patrimonio cultural, etc.). Sin embargo, no solo se limita a proteger estos elementos de manera aislada, sino también la interacción de estos, su función ambiental y social, al punto que la sociedad lo hace suyo desde una dimensión subjetiva (ideológica, simbólica, sentimental, etc.) y lo reconoce como categoría materia de protección por la sensación de satisfacción plena que genera al contemplarlo o incomodidad por observar su desorden o alteración.

En ese contexto, el bien jurídico paisaje no se limita al lugar o espacio geográfico que lo rodea, sino a la interacción de los elementos que lo integran. No es necesario que este espacio se encuentre dentro en un área natural protegida, la ciudad, el campo, el bosque, etc., sino los valores paisajísticos que deben protegerse. Sobre este punto, la Casación n.º 74-2014-Amazonas ha indicado lo siguiente:

El tipo penal antes mencionado no establece una limitación del lugar donde se puede dar la afectación al medio ambiente. Por tanto, el tipo penal abarca todos aquellos espacios donde exista un ambiente natural, en buena cuenta, carente de presencia humana (bosques primarios) o que, teniéndola, no sea tan significativa. Asimismo, también se concreta en los paisajes urbanos o rurales, y en la modificación de flora y fauna.

## 9. EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL TIPO PENAL

De la simple lectura del tipo penal en comento, el autor de la comisión de este delito puede ser cualquier persona, pues el legislador no exigió ninguna cualidad especial, por lo que el delito de alteración del paisaje es un delito común. Respecto al sujeto pasivo, viene a ser la sociedad en su conjunto la que se perjudica con la comisión de este delito. Recordemos que en los delitos ambientales, por los efectos que ocasiona, los sujetos pasivos no se personifican o individualizan en determinados sujetos debido al carácter difuso de los daños ambientales o paisajísticos; pero siempre el Estado será el que represente a la sociedad en las investigaciones o procesos penales por la comisión de estos delitos, delegando su representatividad en el procurador público especializado en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente.

En tal sentido, si bien la sociedad en su conjunto, vigilante de la conservación del paisaje, puede poner en conocimiento del Ministerio Público la comisión de un presunto ilícito, también lo es que su condición procesal en la investigación no podrá ser de parte agraviada, sino solo de denunciante. La titularidad como parte agraviada siempre la tendrá el procurador. Esta relación procesal ha generado muchos cuestionamientos al momento de otorgar la reparación civil luego de una sentencia condenatoria, ya que cuando se establece un monto dinerario como parte de la reparación civil, estos fondos se destinan al tesoro público o a las arcas del Ministerio del Ambiente, pero no se destinan para financiar acciones de recuperación del espacio alterado o modificado.

## 10. LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL

Uno de los elementos objetivos del tipo penal en mención es la construcción de obras o la tala de árboles que necesariamente deben alterar o modificar el paisaje natural, rural, urbano, la flora y fauna del lugar. Entonces los verbos rectores de este tipo penal serán: alterar y/o modificar.

Alterar el paisaje implicará un cambio o modificación del estado anterior; para ello, es necesario analizar la línea base de la zona *ex ante* con el fin de determinar con objetividad cuánto o cómo se alteró el ambiente natural, rural o urbano. Al respecto, las herramientas tecnológicas como las imágenes satelitales, los planos de ubicación, coordenadas UTM, los archivos fotográficos, informes técnicos, informes fundamentados, informes periciales, etc., podrían ayudar a identificar cómo era el paisaje antes de su intervención y convencer al juez de que la alteración merece sanción penal por su gravedad, desproporcionalidad y/o continuidad.

Es importante señalar que una investigación penal no será lo mismo cuando la agresión ocurre en un paisaje natural y cuando ocurre en un paisaje urbano, en la medida que, tal como lo expuso la doctrina (Miranda Londoño, 2002, pp. 215-217), en un paisaje urbano, como la ciudad, se busca su regulación y control dentro de parámetros conocidos, como dimensiones, distancias, lugares permitidos, tiempo de ocupación del espacio, niveles de ocupación y saturación visual, estilos de construcción, regulación de alturas, etc., para preservar la uniformidad estética o histórica, por lo que se involucran conceptos del derecho urbanístico. En cambio, cuando la alteración ocurre en un paisaje natural, serán necesarios criterios ecológicos para evaluar la alteración.

Ahora bien, la alteración o modificación del paisaje debe necesariamente realizarse mediante la «tala de árboles» y/o la «construcción de obras». Estas dos formas son los medios comisivos del delito. No será admisible otra forma similar.

Esta figura penal también es precisa en señalar que necesariamente se debe talar árboles, esto es, según el DLE, la «planta de tallo leñoso y elevado, que se ramifica a cierta altura del suelo», no se consideran otras especies, como arbustos, plantas, flores, etc., porque no tienen el elemento característico de todo árbol: el tronco leñoso preponderante.

Talar árboles, implica, según el DLE, «cortar por el pie un árbol o una masa de árboles», lo que ocasionará la muerte del árbol. Pero otras conductas como poda severa, traslado, reubicación de árboles, etc., no están dentro de la conceptualización de talar; por ello, no se encuentran consideradas como medio comisivo del delito de alteración del paisaje.

Al ser un delito de resultado, si el sujeto activo no logró talar el árbol, esto es, matar a la especie arbórea, y con ello, obtener el tocón del árbol, se podrá presentar un grado de tentativa acabada o inacabada.

Pero no toda tala de árboles subsume la conducta en el tipo penal en mención, ya que podrían presentarse causales, previamente establecidas por el legislador, que eximan de responsabilidad penal: es el caso de la tala de árboles por razones de emergencia o seguridad, como se señala en el artículo 25 de la Ordenanza n.º 1852-2014-MML, supuesto en el cual se exige un Informe Técnico de Riesgo previo a la tala.

Ahora bien, construir, según el DLE, significa, en su primera acepción, «hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública»; además, construcción se refiere al producto resultante del proceso de ejecución de obras. En tal sentido, construir será totalmente distinto de conductas similares atípicas, como instalaciones, refacciones, mantenimientos, etc.

De igual forma, no toda construcción de obras implica en sí misma la comisión del delito en mención, pues nosotros consideramos que esta obra debe ser de tal envergadura que su autorización y evaluación previa es inevitable, como aquellas obras que necesitan licencia de construcción y/o certificación ambiental antes de ejecutarse, de acuerdo con lo exigido en la Ley n.º 27446.

Finalmente, otro elemento objetivo del tipo es la «contravención de las normas de la autoridad competente». Este supone que el delito penal bajo comento es un tipo penal en blanco que se complementa con la normativa extrapenal de carácter administrativo; pero, estas normas deberán ser necesariamente aquellas relacionadas con la protección paisajística, ecológica, zonificación, urbanística y ordenamiento del territorio.

## **11. EL INFORME FUNDAMENTADO PARA EL DELITO DE ALTERACIÓN DEL PAISAJE**

En el artículo 2, numeral 2.1 del «Reglamento del numeral 149.1 del artículo 149 de la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente», aprobado por Decreto Supremo n.º 017-2017-MINAM, se señala lo siguiente:

El informe fundamentado es un documento elaborado en cumplimiento de la Ley General del Ambiente, que constituye una prueba documental relacionada a la posible comisión de delitos de contaminación, contra los recursos naturales y de responsabilidad funcional e información falsa tipificados en el Título XIII del Código Penal.

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

Cuando se trate de delitos tipificados en el capítulo II (delitos contra los recursos naturales) del título XIII del libro segundo del Código Penal, como es el caso del delito de alteración del paisaje, la autoridad responsable de la elaboración del informe fundamentado es la entidad que ejerza funciones de supervisión y/o fiscalización sobre el aprovechamiento, tráfico y comercio de los recursos naturales, así como planificación y zonificación urbana, sea esta nacional, regional o local, respecto de la materia objeto de investigación penal en trámite.

Para poder identificar a la entidad que ejerce funciones de supervisión y/o fiscalización, es importante el lugar en donde se cometió el ilícito. Así, si la tala de árboles o la construcción de obras se realizó en una ANP, el Sernanp será la autoridad ambiental competente. Si la acción ocurrió en áreas verdes de uso público con planificación y zonificación urbana, será la autoridad municipal. El Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor) será la autoridad ambiental competente cuando la tala o construcción de obras hubiese ocurrido en un paisaje natural o silvestre que no forma parte de las ANP, como las lomas costeras.

En determinados lugares pueden concurrir varias autoridades ambientales con competencia para emitir el informe fundamentado. El caso de las lomas costeras es un ejemplo: por un lado, la autoridad municipal es la competente, y por otro, es el Serfor.

De no ser posible identificar qué autoridad ambiental es la competente en emitir el mencionado informe fundamentado, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) nos ayudará a identificarlo, de acuerdo con los criterios establecidos en el Reglamento del numeral 149.1 del artículo 149 de la Ley n.º 28611.

## **12. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL**

Respecto a los elementos subjetivos del tipo, el delito de alteración del paisaje es netamente doloso. No se encuentra tipificada la modalidad culposa; por lo tanto, es necesario analizar el conocimiento, voluntad y dominio funcional del autor al momento de la comisión del delito.

El autor debe conocer los lineamientos, reglamentos y leyes del sector ambiental y urbanístico que le exigen un «debe ser», pero ese conocimiento no siempre debe ser pleno o absoluto, en la medida que, por lo menos, debe tener la posibilidad de conocerlo de acuerdo con sus cualidades personales, profesionales y las circunstancias del hecho materia de investigación.

Es usual que en los delitos ambientales las partes aleguen error de tipo o desconocimiento de las exigencias extrapenales, pero ya Bacigalupo (1973) había manifestado que el error sobre los elementos del tipo es evitable cuando el autor, observando el cuidado exigido, hubiere podido conocer correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representadas. Reaño también argumentaba que la ausencia de conocimiento puede deberse a la propia indiferencia realizada por el agente, en cuyo caso no corresponderá apreciar error alguno, sino aplicar el tipo doloso pertinente.

Siendo así, no será suficiente alegar el error de tipo o la ignorancia de las normas extrapenales, sino analizar el grado de probabilidad que tenía el agente de conocer o no las exigencias extrapenales. No se le exige un conocimiento especial de las normas, salvo que el agente tenga la profesión de abogado, pero sí, el conocimiento de una persona promedio.

Finalmente, el conocimiento está relacionado con la norma penal y no con la ley penal, pues al ciudadano promedio se le exige tener el conocimiento elemental de que «talar árboles o construir obras sin autorización» no está permitido; pero no se le

podría exigir un conocimiento científico o pericial y, muchos menos, un conocimiento jurídico de que ello es un delito ambiental tipificado en el artículo 313 del Código Penal o conocer el *Iter Criminis*.

## 13. REFLEXIONES FINALES

El concepto del término «paisaje» es un concepto utilizado en diversos campos del conocimiento como la geografía, ecología, arquitectura, el urbanismo, la lingüística y el derecho. En este último campo, es comprendido como aquella parte del territorio geográfico compuesto por lo urbano, cultural y/o natural, en donde interactúan elementos naturales (suelo, agua, flora, fauna, etc.), urbanos y/o culturales (patrimonio histórico, patrimonio cultural, etc.), que la sociedad hace suyo desde una dimensión subjetiva (ideológica, simbólica, sentimental, etc.) y lo reconoce como bien jurídico materia de protección penal debido a la sensación de satisfacción plena que genera el contemplarlo o incomodidad por observar su desorden o alteración.

En el ordenamiento jurídico peruano, las normas administrativas correspondientes a las ANP, patrimonio cultural y urbanismo regulan el paisaje como institución jurídica, llegando a ser normas de orden público que limitan el ejercicio de derechos de orden constitucional, como el derecho de propiedad o posesión. Incluso dentro de nuestro Código Penal, el paisaje se encuentra reconocido como bien jurídico, y la alteración del paisaje natural, urbano o rural, mediante la construcción de obras o tala de árboles, puede subsumir el delito tipificado en el artículo 313 del Código Penal.

Para poder despenalizar toda simple o irrelevante alteración paisajística, es necesario establecer pautas, parámetros, criterios, directivas, reglamentos, etc., que permitan a los administradores de la justicia discernir qué alteraciones merecen sanción penal y qué otras, simplemente, una multa administrativa para poder lograr una adecuada tutela jurídica del paisaje.

Finalmente, es necesario reflexionar con relación al castigo punitivo de este delito, que establece pena privativa de libertad no mayor de cuatro (4) años, razón por la cual suele ocurrir que la condena impuesta por el Poder Judicial no es efectiva. Al parecer, para nuestros legisladores, este viene a ser un delito de bagatela o de mínima lesividad, sin considerar que una adecuada aplicación punitiva podría coadyuvar a reprimir el uso inadecuado del suelo y del paisaje en beneficio del buen vivir. Considero que es necesario legislar agravantes específicos de acuerdo con el lugar o paisaje alterado, como las ANP, a efecto de garantizar una adecuada justicia ambiental.

## 14. BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, E. (1973). *Tipo y error*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Bustamante Alsina, J. (1995) *Derecho ambiental- Fundamentación y normativa* (1.ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Crousse, J. P. (2016). *El paisaje peruano*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

- Fernández-Christlieb, F. (2014). El nacimiento del concepto de *paisaje* y su contraste en dos ámbitos culturales: el viejo y el nuevo mundo. En S. Barrera y J. Monroy (Eds.), *Perspectivas sobre el paisaje* (pp. 55-79). Universidad Nacional de Colombia. [http://www.igeograf.unam.mx/sigg/cultural/vista/pdf/publicaciones/EL\\_nacimiento\\_del\\_concepto.pdf](http://www.igeograf.unam.mx/sigg/cultural/vista/pdf/publicaciones/EL_nacimiento_del_concepto.pdf)
- Lapalma, M. L., & Levrard, N. (2013). ¿Cómo regular lo que percibimos? Avances y dificultades en la tutela del paisaje como bien jurídico. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, 1, 73-113. [https://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/DA\\_N2\\_02.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/DA_N2_02.pdf)
- Martín Mateo, R. (1991). *Tratado de derecho ambiental* (1.ª ed., vol. III). Madrid: Trivium S. A.
- Mendoza del Maestro, G. (2013). Apuntes sobre el derecho de propiedad a partir de sus contornos constitucionales. *Foro Jurídico*, (12), 97-108. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13803/14427>.
- Miranda Londoño, J. (2002). La contaminación visual en el entorno urbano. En *Problemática jurídico-ambiental de los centros urbanos*. Universidad Externado de Colombia. Editorial Cordillera SAC.
- Molina Saldarriaga, C. (2012). El paisaje como categoría jurídica y como derecho subjetivo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 116, 159-194.
- Molina Saldarriaga, C. (2013). Una aproximación al paisaje como categoría jurídica y derecho subjetivo en el plan del ordenamiento territorial de Medellín. *Opinión Jurídica*, 12(23), 49-65.
- Morel Echevarría, J. C. (2015). *El derecho al disfrute del paisaje: alcance, límites y técnicas para su protección en el ordenamiento argentino*. Alicante: Universidad de Alicante.
- Mosset Iturraspe, J., Hutchinson, T., & Donna, E. (1999). *Daño ambiental*. (t. I.) Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). <https://dle.rae.es/>
- Reaño, J. (2009). El error de tipo en el Código Penal Peruano. En J. Hurtado Pozo (Ed.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal* (pp. 215-240). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Zubelzu Mínguez, S., & Allende Álvarez, F. (2015). El concepto de paisaje y sus elementos constituyentes: requisitos para su adecuada gestión del recurso y adaptación de los instrumentos legales en España. *Cuadernos de Geografía. Revista Colombiana de Geografía*, 24(1), 29-42. [https://www.researchgate.net/publication/277652336\\_EL\\_concepto\\_de\\_paisaje\\_y\\_sus\\_elementos\\_constituyentes\\_requisitos\\_para\\_la\\_adecuada\\_gestion\\_del\\_recurso\\_y\\_adaptacion\\_de\\_los\\_instrumentos\\_legales\\_en\\_Espana](https://www.researchgate.net/publication/277652336_EL_concepto_de_paisaje_y_sus_elementos_constituyentes_requisitos_para_la_adecuada_gestion_del_recurso_y_adaptacion_de_los_instrumentos_legales_en_Espana)





## CAPÍTULO IV

# **DELITOS DE RESPONSABILIDAD FUNCIONAL E INFORMACIÓN FALSA**



# EL DELITO DE RESPONSABILIDAD FUNCIONAL POR INFORMACIÓN FALSA CONTENIDA EN INFORMES FRENTE A LA LEGISLACIÓN FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE

Franco Gonzales Macedo<sup>150</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. Evolución legislativa en el Código Penal del delito de responsabilidad por información falsa, 3. Elementos típicos del delito de responsabilidad por información falsa, 4. Conclusiones, 5. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política peruana vigente regula lo concerniente al ambiente y los recursos naturales; así, en el artículo 66, del Título III. Del régimen económico, Capítulo II. Del ambiente y los recursos naturales, señala lo siguiente:

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Esta norma es parcialmente similar a la del artículo 118 de la Constitución de 1979, que tenía el siguiente tenor:

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por este y de su otorgamiento de los particulares.

<sup>150</sup> Fiscal adjunto provincial de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Loreto – Iquitos. Estudios de doctorado en la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana. Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, por la Universidad Científica del Perú.

En suma, ambos artículos coinciden, y con acertada posición, en que todos los recursos naturales en suelo peruano constituyen patrimonio o propiedad nacional, en sus dos dimensiones: renovables y no renovables. A decir de Hundskopf (2013, p. 170), del contenido constitucional en detalle se pueden destacar tres características inherentes a los recursos naturales, a saber: a) son proporcionados por la naturaleza, b) son capaces de satisfacer necesidades humanas, y c) su apropiación y transformación dependen del conocimiento científico y tecnológico.

Como se aprecia de lo anterior, se concibe que los recursos naturales brindan servicios ecosistémicos necesarios para el desarrollo de los seres vivos que se sirven de ellos, por lo cual es necesario referir la necesidad antropocéntrica de estos, ya que las personas hacemos uso de las bondades que tienen los recursos naturales en sus dos vertientes: renovables y no renovables.

Asimismo, algo común entre ambas normas constitucionales es que no se asentó una definición de lo que vendrían a ser los «recursos naturales». Sin embargo, el desarrollo normativo en la actualidad ha establecido una definición cabal de lo que constituyen los recursos naturales. A saber, la Ley n.º 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, menciona en su artículo 3 lo siguiente:

Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como: a. las aguas: superficiales y subterráneas; b. el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección; c. la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; d. los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico; f. los minerales; g. los demás considerados como tales.

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional, en la STC n.º 00003-2006-AI/TC los ha definido como «el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general».

Sumado a ello, dentro de la categoría de recursos naturales, debemos definir qué son «recursos renovables» y «recursos no renovables». Para ello, debemos partir de las normas del Código Civil, artículos 890 y 891, de los que podemos extraer una definición de recursos renovables y entenderlos como los provechos que produce un bien sin que se altere ni disminuya su sustancia, es decir, sin intervención humana. En tanto, los recursos no renovables pueden entenderse como aquellos provechos que se extraen de un bien, conforme se entiende del artículo 894 del Código Civil.

Ahora bien, regresando a la norma constitucional, y en concordancia con la política ambiental, el Estado peruano, como titular del patrimonio al cual hacemos referencia, tiene el deber de promover el uso sostenible de tales recursos, de conformidad con la legislación existente para tales efectos. En ese contexto, y enmarcando el presente

trabajo, el Estado podrá, mediante las entidades administrativas competentes, conceder autorizaciones y permisos; y aprobar planes, concesiones forestales o mineras, contratos para la explotación de hidrocarburos, etc.

En ese escenario, la Ley n.º 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, regula el manejo forestal y de fauna silvestre, de acuerdo con los siguientes artículos:

#### Artículo 44

El manejo forestal se caracteriza por una gestión por ecosistemas, siendo necesario que todo aprovechamiento comercial o industrial de recursos forestales y servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre cuente con un plan de manejo aprobado por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre. El plan de manejo forestal contiene el nivel de estudio de impacto ambiental acorde con la escala e intensidad de las operaciones.

(...)

#### Artículo 86

La autoridad regional forestal y de fauna silvestre aprueba planes e instrumentos de gestión. Estos planes e instrumentos pueden ser de manejo para áreas e instalaciones, de manejo de fauna, de conservación y aprovechamiento sostenible de especies clave, de reintroducción, de repoblamiento, de captura o colecta para plantel reproductor, de caza comercial, de monitoreo y evaluación poblacional y de protocolo de liberación al medio silvestre.

En concordancia con ello, el Reglamento para la Gestión Forestal<sup>151</sup> y el Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre<sup>152</sup> regulan aspectos relativos al manejo y aprovechamiento de recursos forestales y de fauna silvestre respectivamente, precisando que se trata de un acto administrativo que permite a las personas naturales o jurídicas el acceso, por medio de planes de manejo, para el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre, y de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.

Existen diversos títulos habilitantes en materia forestal: concesión, contrato de cesión en uso en bosques residuales o remanentes, resolución del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor) que autoriza la administración del bosque local, permiso forestal en predios privados, autorización para extracción de plantas medicinales, autorización para extracción de vegetación acuática emergente o ribereña y autorización para extracción de especies arbustivas y herbáceas, conforme se describe en el numeral 39.2 del artículo 39 del Reglamento para la Gestión Forestal.

Ahora bien, en lo atinente a fauna, el Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre indica la necesidad de regular y promover la gestión de fauna silvestre, en lo referente a los recursos de fauna silvestre, así como la diversidad biológica de fauna silvestre,

151 Aprobado mediante Decreto Supremo n.º 018-2015-MINAGRI.

152 Aprobado mediante Decreto Supremo n.º 019-2015-MINAGRI.

incluyendo los recursos genéticos asociados (artículo 1); ello, con la finalidad de promover la conservación, protección, incremento y su uso sostenible (artículo 2), regulándose las actividades de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, vinculadas a la gestión de fauna silvestre, al aprovechamiento sostenible de los recursos de fauna silvestre y a las actividades vinculadas a la fauna silvestre y conexas, en todo el territorio nacional (artículo 3)

Del mismo modo que en el ámbito forestal, para el manejo y aprovechamiento de fauna, existen los siguientes títulos habilitantes: concesión, permiso de fauna silvestre en predios privados, autorización de funcionamiento de zoológicos, autorización de funcionamiento de centros de conservación y autorización de funcionamiento de centros de rescate, tal como aparece descrito en el numeral 13.2, del artículo 13 del Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre.

De esta manera, para que una persona pueda realizar actividades de explotación, exploración o aprovechamiento de recursos naturales, deberá recurrir a la autoridad administrativa y presentar los documentos de gestión respectivos en los que se expongan las actividades de evaluación, planificación y aprovechamiento en general que se pretenda realizar en un lugar. Luego, dicho documento debe ser evaluado por la autoridad forestal y de fauna silvestre, a efectos de decidir el otorgamiento o no del derecho solicitado.

Es en ese contexto que el legislador ha visto conveniente tipificar las conductas de aquellas personas que siendo administrados que pretenden acceder a cualquier modalidad de aprovechamiento de recursos naturales, suscriban, realicen, inserten o hagan insertar «documentos» falsos o inexactos, pretendiendo con ello, que la autoridad administrativa apruebe el derecho solicitado. Así, en el Código Penal vigente se ha tipificado el delito cuyo *nomen iuris* es el de «responsabilidad por información falsa contenida en informes», el cual se encuentra ubicado en el título XIII, capítulo III, artículo 314-B del Código Penal, y cuyo tenor literal es el siguiente:

El que, conociendo o pudiendo presumir la falsedad o la inexactitud, suscriba, realice, inserte o hace insertar al procedimiento administrativo, estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal, solicitudes 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 cuatro años ni mayor de seis años, e inhabilitación de uno a seis años, conforme al inciso 2 y 4 del artículo 36°.

Será reprimido con la misma pena todo aquel que, hace uso de un documento privado falso o falsificado o conteniendo información falsa como si fuese legítimo, con fines de evadir los procedimientos de control y fiscalización en materia forestal y de fauna silvestre relativos al presente Título, incluyendo los controles tributarios, aduaneros y otros.

En ese sentido, en las siguientes líneas, se analizará dicho tipo penal, a la luz de la legislación penal y extrapenal vigente, con el fin de que nos permita comprenderlo en el contexto de actuación de los administrados que solicitan el otorgamiento de un derecho ante la autoridad competente.

## 2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL CÓDIGO PENAL DEL DELITO DE RESPONSABILIDAD POR INFORMACIÓN FALSA

El Código Penal de 1924 no contenía ninguna regulación específica respecto al delito materia de discusión en el apartado de delitos ambientales, lo que haría pensar que existía impunidad sobre conductas penalmente relevantes. Sin embargo, el operador jurídico podría calificar los hechos como delito contra la fe pública, a través de los cuales se podía investigar y sancionar a los responsables.

Ahora bien, el contenido original del título XIII del Código Penal vigente tenía como *nomen iuris* «Delitos contra la ecología», en el que se regulaban los delitos ambientales mediante un único capítulo denominado «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», el cual contenía los artículos 304 hasta el 314. Como se puede apreciar, no existía el artículo bajo comentario.

En la Ley n.º 29263, se incorpora el citado dispositivo, pues el artículo 3 de dicha norma modifica el título XIII del Código Penal, añadiendo los capítulos II y III (ya que antes había un único capítulo). Es precisamente en el capítulo III en el que se amplifica la protección de la norma penal hasta las conductas de falsedad documental en el campo ambiental. Sin embargo, el texto vigente difiere, en parte, del texto original debido a la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo n.º 1237, conforme se presenta en el siguiente cuadro:

TEXTO ORIGINAL (LEY n.º 29263)	TEXTO MODIFICADO (VIGENTE) (DECRETO LEGISLATIVO n.º 1237)
<p><b>Artículo 314-B.</b> Responsabilidad por información falsa contenida en informes: «El 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».</p>	<p><b>Artículo 314-B.</b> Responsabilidad por información falsa contenida en informes: «El que, conociendo o pudiendo presumir la falsedad o la inexactitud, suscriba, realice, <b>inserte o hace insertar al procedimiento administrativo</b>, estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal, <b>solicitudes</b> 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 cuatro años ni mayor de seis años, e inhabilitación de uno a seis años, conforme al inciso 2 y 4 del artículo 36.</p> <p>Será reprimido con la misma pena todo aquel que, hace uso de un documento privado falso o falsificado o conteniendo información falsa como si fuese legítimo, con fines de evadir los procedimientos de control y fiscalización en materia forestal y de fauna silvestre relativos al presente título, incluyendo los controles tributarios, aduaneros y otros». (El énfasis es nuestro)</p>

En suma, es posible advertir que en la nueva regulación se han incorporado las conductas de «insertar» y «hacer insertar», así como instrumentos del delito como «solicitudes», pues antes de su incorporación, no se podía procesar como autores a quienes, sin haber suscrito o elaborado el documento, acudían ante la autoridad administrativa insertando el documento falso o falsificado y solicitaban la atribución de un derecho.

Asimismo, se aprecia la incorporación de un segundo párrafo para sancionar a quien hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo.

### 3. ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE RESPONSABILIDAD POR INFORMACIÓN FALSA

A continuación, nos ocuparemos de detallar el contenido del tipo penal, abarcando las conductas o verbos rectores que son materia de sanción, así como los instrumentos o documentos sobre los que recae la acción. Para esto, debemos tener en cuenta que los delitos ambientales son tipos penales en blanco; aquello, en el sentido de que, para su correcto análisis y entendimiento, el operador jurídico debe remitirse a normas de carácter administrativo, pues no se podría entender cabalmente el tipo penal sin el auxilio y complemento de las normas especiales que complementan el contenido del tipo penal.

#### 3.1. CONDUCTAS PUNIBLES

De acuerdo con el contenido literal del tipo penal, encontramos cuatro conductas perfectamente diferenciadas, a saber: 1) suscripción, 2) realización, 3) inserción al procedimiento administrativo, y 4) hacer insertar al procedimiento administrativo. En ese sentido, debemos desglosar detalladamente cada una de estas.

##### a. Suscripción

Debemos tener en cuenta que la palabra «suscribir» es definida por el *Diccionario de la lengua española* (DLE, 2014) de la siguiente manera:

1. tr. Firmar al pie o al final de un escrito. 2. tr. Convenir con el dictamen de alguien. 3. prnl. Dicho de una persona: obligarse a contribuir como otras al pago de una cantidad para cualquier obra o empresa. 4. prnl. Abonarse para recibir alguna publicación periódica o algunos libros que se hayan de publicar en serie o por fascículos. U. t. c. tr.

De estas acepciones, la que nos interesa a efectos del tipo penal, es la de «firma al pie o al final de un escrito».

Así, dinamizando el verbo rector bajo comentario, entendemos que la conducta típica radica en que el agente ha de firmar estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal, solicitudes u otro documento de gestión forestal, exigidos conforme a ley, en los que se incorpore o avale información falsa.

Según la técnica legislativa de esta norma, será irrelevante para efectos de imputación si el agente es o no autor del documento reputado como falso, pues bastará que se determine que ha firmado o suscrito el documento cuestionado para entender la configuración típica de la conducta en tratamiento, ya que el verbo rector no sanciona la elaboración del documento. Decimos esto porque en nuestra experiencia recibimos versiones de sujetos procesales que se pretenden sustraer de responsabilidad penal al señalar que solo se limitaron a «firmar» el documento elaborado por una tercera persona; es decir, no tienen en cuenta, o por lo menos la defensa técnica no les advierte de ello, que suscribir también se considera un verbo rector sujeto a sanción.

## **b. Realización**

Se entiende por «realizar» el efectuar o consumir una acción. El DLE (2014) define así esta palabra:

1. tr. Efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción. U. t. c. prnl. 2. tr. Dirigir la ejecución de una película o de un programa televisivo. 3. tr. Com. Vender, convertir en dinero mercaderías u otros bienes. U. más comúnmente hablando de la venta a bajo precio para reducirlo pronto a dinero. 4. prnl. Sentirse satisfecho por haber logrado cumplir aquello a lo que se aspiraba.

En concreto, es la materialización o la consecución de algo.

A diferencia del término anterior, este verbo rector sí sanciona la conducta de quien realice, consume o plasme información falsa o inexacta en estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal, solicitudes u otro documento de gestión forestal, exigidos conforme a ley. Es decir, será responsable quien, en la realización misma del documento, introduzca información falsa o inexacta en su contenido. De manera que, en este caso, será irrelevante si el autor firma o no el documento, ya que la conducta se configurará con el solo hecho de suscribir el documento.

Respecto a ello, cabría preguntarse por aquellos documentos con datos falsos que nunca son firmados. En estos casos, a nuestro parecer, se tratan de hechos inocuos e irrelevantes, toda vez que nunca han ingresado al tráfico jurídico; por lo tanto, deviene en innecesario cualquier cuestionamiento al respecto. Lo que interesa al tipo penal es que un documento, habiendo ingresado al tráfico jurídico y teniendo indicios de su falsedad, el Ministerio Público pueda activar la persecución penal tanto a quien ha firmado y a la persona a la que se le imputa su realización, pudiendo, a cada uno de ellos, atribuirseles la realización de ambos verbos rectores: realización y firma.



### c. Insertar y hacer insertar al procedimiento administrativo

En principio, debemos tener en cuenta que, conforme al artículo 29 del TUO de la Ley n.º 27444, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS: «se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados». Esta norma tiene alcance general.

Dentro de la amplia gama de procedimientos administrativos en actividades que pueden tener efectos sobre el ambiente, encontramos en el ámbito forestal y de fauna silvestre que el Reglamento para la Gestión Forestal, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 018-2015-MINAGRI, contempla en el numeral 39.1 del artículo 39 lo siguiente:

El título habilitante es el acto administrativo otorgado por la autoridad forestal y de fauna silvestre, que permite a las personas naturales o jurídicas el acceso, a través de planes de manejo, para el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.

En el numeral 39.2 del Reglamento para la Gestión Forestal, se establece una diversidad de actos administrativos que constituyen títulos habilitantes para efectos de la mencionada norma, como los siguientes:

En tierras de dominio público:

- i. Concesión.
- ii. Contrato de cesión en uso en bosques residuales o remanentes.
- iii. Resolución del SERFOR que autoriza la administración del bosque local.

En tierras de dominio privado:

- i. Permiso forestal en predios privados.

En caso de no contar con alguno de los títulos antes mencionados:

- i. Autorización para extracción de plantas medicinales.
- ii. Autorización para extracción de vegetación acuática emergente o ribereña.
- iii. Autorización para extracción de especies arbustivas y herbáceas.

Además de los indicados, también existen otros actos administrativos que no constituyen títulos habilitantes, tales como (artículo 40 del Reglamento): a) autorización de desbosque, b) autorización de cambio de uso actual de las tierras a fines agropecuarios en predios privados, c) autorización de cambio de uso actual de las tierras a fines agropecuarios en tierras de dominio público, d) autorización para estudios de exploración y evaluación de recursos forestales, e) Autorización para exhibiciones temporales de flora silvestre con fines de difusión cultural y educación, entre otros.

Por su parte, el Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 019-2015-MINAGRI, contempla en el numeral 13.1 del artículo 13 lo siguiente:

El título habilitante es un acto administrativo otorgado por la autoridad forestal y de fauna silvestre, que permite a las personas naturales y jurídicas, el acceso, a través de planes de manejo, para el aprovechamiento sostenible de los recursos de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.

Seguidamente, en el numeral 13.2 se listan los títulos habilitantes que constituyen actos administrativos, a saber:

- a. Para áreas de manejo en tierras de dominio público: Concesión.
- b. Para áreas de manejo en tierras de dominio privado: Permiso de fauna silvestre en predios privados.
- c. Para centros de cría en cautividad en instalaciones de propiedad pública o privada:
  - i. Autorización de funcionamiento de zoocriaderos.
  - ii. Autorización de funcionamiento de zoológicos.
  - iii. Autorización de funcionamiento de centros de conservación.
  - iv. Autorización de funcionamiento de centros de rescate.

Del mismo modo, existen actos administrativos que no constituyen títulos habilitantes, tales como la autorización de caza o captura con fines comerciales, la autorización de caza deportiva, la autorización de captura de aves de presa para cetrería, la autorización para la práctica de la cetrería, entre otros.

En esencia, lo que el tipo penal sanciona es que, en cualquiera de los actos administrativos antes mencionados y los existentes en la normativa, el agente inserte o haga insertar estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal, solicitudes u otro documento de gestión forestal, exigidos conforme a ley, con información falsa e inexacta.

Ahora bien, semánticamente, por «insertar» se entiende incluir o introducir algo en otra cosa (RAE, 2014), es decir, básicamente, el sujeto activo incorporará información falsa o inexacta en los documentos de gestión requeridos en los procedimientos administrativos iniciados con la finalidad de obtener un pronunciamiento de la autoridad administrativa que le facilite el aprovechamiento o explotación de recursos naturales. Por ejemplo, incurrirá en este delito, la persona que, conociendo o pudiendo presumir la falsedad o inexactitud de la información contenida en el plan de manejo forestal, lo inserte en el tráfico jurídico, es decir, lo incorpore al expediente administrativo a fin de que sea valorado como si su contenido fuera real. Otro ejemplo sería el caso de quien introduce en el expediente administrativo una guía de transporte forestal en la cual se declara que los productos forestales proceden del área autorizada, cuando dicha declaración resulta ser falsa, toda vez que no existe ninguna evidencia de aprovechamiento en el área del título habilitante.

Se debe agregar que aun cuando el tipo de pena no lo diga expresamente, advertimos que esta conducta puede ser cometida por funcionarios o servidores públicos, pues de acuerdo con la exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1237, la incorporación de aquella frase (insertar) tiene sentido de la siguiente manera:

a fin de incorporar también aquellas conductas de los administrados que no encajan con los verbos rectores y quedan libradas de alguna imputación, **este es el caso de aquellos funcionarios o servidores** que no solo falsifican el documento dando fe de un acto inexistente, sino **que lo introducen al procedimiento administrativo o hacen uso de él.** (El énfasis es nuestro).

Por su parte, respecto a la conducta de «**hacer insertar**», por la propia construcción del tipo penal, se configura cuando el agente logra que un tercero incorpore al procedimiento el documento de gestión con información falsa o inexacta; pero, este tercero desconoce aquella condición espuria del documento e incurriendo en error, lo inserta en el procedimiento en la creencia de que se trata de un documento con datos verdaderos, cuando lo cierto es que actuó inducido por el sujeto activo, quien responde penalmente, porque conoce la falsedad o inexactitud.

Bazán (2020), comentando el mismo verbo rector del delito de falsedad ideológica, sostiene lo siguiente:

esta forma de comisión del delito materia de estudio se concreta cuando un particular hace introducir una o varias declaraciones falsas con la finalidad de que el funcionario las tome como verdaderas y surtan efectos jurídicos. El agente, de manera dolosa, induce a error al funcionario y declara como cierto algo que conoce que es falso.

Un ejemplo válido que nos puede graficar este verbo rector es que el administrado logra que el jefe del puesto de control forestal valore positivamente en el procedimiento administrativo una guía de transporte forestal de madera rolliza en la cual el titular forestal ha incrementado el volumen de producto forestal transportado, tratándose de una información falsa, mediando error de parte del funcionario evaluador.

Como se aprecia, con la modificatoria, se ha tratado de cubrir cada vacío de punibilidad existente en la compleja realidad de los procedimientos administrativos ante la autoridad forestal, lo que se hizo con la intención de fortalecer la gestión administrativa y de control forestal que tienen la autoridad forestal y de fauna silvestre, pues no en vano la exposición de motivos del articulado vigente considera acerca de la inserción documental:

es el primer escenario en donde se puede superar el control estatal, presentando documentación falsa que permita agenciarse de los documentos de gestión forestal que dan legalidad a un cargamento ilegal, [así] como, mediante la presentación de instrumentos de gestión forestal falsos o inexactos.

## 3.2 INSTRUMENTOS SOBRE LOS QUE RECAEN LAS ACCIONES PUNIBLES

Siguiendo el artículo bajo comentario, los hechos de suscripción, realización, así como el hecho de insertar y hacer insertar, recaen sobre documentos que son necesarios en los procedimientos administrativos mencionados precedentemente. Tales documentos serían los siguientes:

### a. Estudios

A efectos de comprender de qué forma un estudio puede constituir base para la imputación penal, debemos recurrir a la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley n.º 29763, y sus reglamentos. Pues bien, previo a que la autoridad administrativa oferte las unidades de aprovechamiento para el concurso público, debe determinar el potencial forestal de estas, y para ello, puede recurrir a estudios de exploración y evaluación, los que pueden ser realizados por la propia autoridad forestal e incluso por el interesado.

El tipo penal no exige una condición especial para ser autor, pudiendo ser incluso el funcionario o servidor público que incorpora información falsa o inexacta en los estudios de exploración y evaluación de las unidades de aprovechamiento. Pero también lo puede ser el tercero interesado que realiza el estudio, pues conforme al numeral 79.2 del artículo 79 del Reglamento para la Gestión Forestal, estos estudios del particular se producen hasta en dos momentos: i) previo a la presentación de propuesta, y ii) posterior al otorgamiento de la buena pro. En efecto, en estos dos momentos, el tercero interesado podría incorporar datos falsos en los estudios de exploración y evaluación.

Pero cuando la norma penal hace referencia a «estudios», no solo se refiere a esos extremos, ya que el artículo 134 del Reglamento para la Gestión Forestal establece lo siguiente:

El SERFOR autoriza la introducción de especímenes vivos de especies exóticas de flora silvestre al medio silvestre, para lo cual el solicitante deberá presentar los estudios científicos previos sobre el comportamiento de la especie en dicho ambiente y que demuestren un nulo o escaso nivel de riesgo de contaminación genética e impactos ecológicos de las especies introducidas, según lo establece el artículo 40 de la Ley.

En efecto, es también una oportunidad para que personas inescrupulosas incorporen información falsa o inexacta en los estudios científicos sobre el comportamiento de la especie de flora, cuya introducción al medio natural se solicita.

En consecuencia, tal como se anotó en las líneas precedentes, existen estudios en el marco de la legislación forestal y de fauna silvestre que son pasibles de constituir elementos del delito, en tanto el agente puede introducir en su contenido información falsa o inexacta, con el propósito de obtener de la autoridad administrativa un pronunciamiento que beneficie a sus derechos.

## b. Evaluaciones

Cuando el tipo penal se refiere a evaluaciones, nos remite a las evaluaciones de impacto ambiental que el titular debe presentar ante la autoridad forestal y de fauna silvestre, en los distintos procedimientos administrativos que realiza.

Así, tenemos que, respecto a la autorización de desbosque, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, se tiene lo siguiente: «Junto con la presentación de la solicitud, el titular de la actividad adjunta la evaluación de impacto ambiental, aprobada por la autoridad competente según la actividad a desarrollarse». Esto es un requisito indispensable para que se autorice el desarrollo de actos de desbosque al administrado, pues de su contenido se podrá determinar, en principio, la autoridad competente para la autorización, así como expondrá los criterios que deberá tener en cuenta el administrado para desarrollar los actos de retiro de cobertura boscosa.

Asimismo, para plantaciones forestales, se requiere la realización de evaluación de impacto ambiental, pues siguiendo el artículo 118 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, tenemos lo siguiente:

Para el establecimiento de plantaciones forestales en tierras públicas, comunales o privadas, se requiere la aprobación de una evaluación de impacto ambiental en los casos que corresponda, según lo establece el reglamento de la presente Ley en concordancia con el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

Así, se constituye un escenario en el cual el administrado también puede incorporar datos falsos o inexactos en la evaluación de impacto ambiental.

## c. Auditorías

El artículo 202 del Reglamento para la Gestión Forestal establece que el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (Osinfor) realice cada cinco años, directamente o mediante de personas naturales o jurídicas, auditorías quinquenales de los títulos habilitantes.

El plan de auditoría del Osinfor se encuentra regulado en la Directiva n.º 005-2017-OSINFOR, en la que se definen las auditorías como se cita a continuación:

evaluación quinquenal al PGMF y de las obligaciones contractuales, de oficio o a solicitud de parte, efectuada por OSINFOR o, de ser el caso, por personas naturales o jurídicas en la materia en el marco del artículo 12º del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1085.

De manera que es perfectamente plausible que el funcionario o servidor público del Osinfor inserte en el procedimiento una auditoría con información falsa o inexacta, buscando favorecer al titular del título habilitante.

#### d. Planes de manejo forestal

Todo aprovechamiento de recursos forestales y manejo de fauna silvestre que pretenda emprender una persona natural o jurídica debe contar con un plan de manejo forestal y de fauna silvestre, que es una herramienta de planificación estratégica para el aprovechamiento de recursos forestales: aparte de detallar las estrategias para el aprovechamiento, también considera aspectos productivos que pueden ser aprovechados por el titular forestal en su actividad comercial, entre otros aspectos.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (s. f.) entiende que el plan de manejo forestal permite la comercialización legal de los productos obtenidos, como madera y no maderables, permitiéndonos transportar con certificados forestales emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control social de Bosques y Tierra (ABT), que, además, se encarga de controlar el aprovechamiento legal y corresponde a la entidad llamada por ley para hacer respetar el uso sostenible de los recursos forestales.

Para abordar este elemento, nos permitimos citar el artículo 54 del Reglamento para la Gestión Forestal, que señala:

El plan de manejo forestal es el instrumento de gestión forestal que constituye la herramienta dinámica y flexible para la implementación, seguimiento y control de las actividades de manejo forestal, orientado a lograr la sostenibilidad del ecosistema. Tiene carácter de declaración jurada, y su veracidad es responsabilidad del titular y el regente, según corresponda.

Asimismo, el artículo 56 del Reglamento para la Gestión Forestal contempla los tipos de planes de manejo forestal, conforme se desarrollan a continuación:

- **Plan general de manejo forestal (PGMF):** es el instrumento de planificación estratégico de largo plazo y tiene como fuente principal de información el inventario forestal realizado sobre la Unidad de Manejo Forestal (UMF), pudiendo presentarse bajo un esquema de manejo de áreas consolidadas y con fines de uso múltiple de los recursos. Está formulado para toda el área y periodo de vigencia del título habilitante.
- **Plan de manejo forestal intermedio (PMFI):** es el instrumento de gestión que combina la planificación estratégica y operativa en un solo documento de gestión. Está formulado para toda el área y periodo de vigencia del título habilitante.
- **Plan operativo (PO):** es el principal instrumento de la planificación forestal a corto plazo. Tiene como fuente principal de información el censo forestal, que genera mapas y listas de especies que se constituyen en las principales herramientas para el aprovechamiento e inspecciones oculares. Tiene una vigencia de uno a tres años operativos.
- **Declaración de manejo (DEMA):** es el instrumento de planificación simplificada a corto o mediano plazo, aplicable para bajas intensidades de aprovechamiento con prácticas que no afectan de manera significativa la capacidad de recuperación del ecosistema o la especie bajo manejo. La DEMA debe incluir las prácticas silviculturales a realizar.

Aun cuando no se menciona en el tipo penal, pero por ser norma en blanco, el artículo 54 del Reglamento para la Gestión Forestal nos permite entender que pueden ser autores de este delito, el regente, es decir, el profesional debidamente habilitado e inscrito por el Serfor, y el titular, tratándose de una responsabilidad compartida entre ambos, pero quien responderá por el contenido mismo (por la suscripción y realización) será el profesional forestal, mientras que el titular podrá ser responsable de los hechos por «hacer insertar» un plan de manejo con datos falsos, salvo en el caso de la declaración de manejo, donde no existiendo firma de regente, el titular deberá responder por su contenido, pues este firma como autor del plan de manejo.

### **e. Solicitudes**

Este es quizá el documento más sencillo, cuyo contenido puede ser falso o inexacto. Nos encontramos ante tales supuestos cuando el sujeto activo que transporta un producto forestal ilegal, solicita a la autoridad forestal, por ejemplo, la emisión de guías de transporte forestal (canje) o la inspección ocular de madera rolliza, declarando en su solicitud que tales bienes proceden del área autorizada. Como en muchos casos, ello no obedece a la realidad, pues los productos forestales tienen origen en individuos no autorizados.

### **f. Otro documento de gestión forestal**

En la Ley n.º 29763, no encontramos una definición exacta de lo que se debe conceptualizar como documento de gestión forestal; por tal, citamos lo que la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió en la Casación n.º 1553-2019-Ucayali, en la que se señala lo siguiente:

Gestión forestal comprende el proceso de planificación y ejecución de prácticas para la administración y uso de los bosques y otros terrenos arbolados, con el fin de cumplir con objetivos ambientales, económicos, sociales y culturales específicos. La gestión forestal tiene que ver con todos los aspectos administrativos, económicos, legales, sociales, técnicos y científicos relacionados con los bosques naturales y plantados. También puede relacionarse con grados diversos de intervención humana deliberada, desde acciones que buscan salvaguardar y mantener los ecosistemas forestales y sus funciones hasta aquellas que buscan favorecer especies de valor social o económico, o grupos de especies que permitan mejorar la producción de bienes y servicios del bosque.

Conforme a lo expuesto, la Corte, de manera acertada, se ubica en el plano extrapenal para analizar concretamente que los actos de planificación y ejecución tienen lugar en un escenario debidamente identificado, como es la administración y uso de los bosques y otros terrenos arbolados, siendo que, para tales actos, la autoridad forestal fija determinados requisitos sin los cuales no se podría llegar a una adecuada planificación y ejecución.

Seguidamente, la Corte, con razonamiento coherente, considera que el elemento normativo en cuestión:

debe albergar indiscutiblemente a todos aquellos documentos relacionados con los estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal y solicitudes aludidos en el tipo, comprendiendo, asimismo, a todos los que deriven del marco conceptual presentado por la FAO, glosado en el fundamento decimoquinto de esta sentencia, los cuales deben estar evidentemente contemplados en la ley y el reglamento nacional; tal es el caso de aquellos concebidos como ejecución de prácticas para la administración y uso de los bosques y otros terrenos arbolados, con el fin de cumplir objetivos ambientales, económicos, sociales y culturales específicos, entre los cuales se encuentran las guías de transporte forestal.

Bajo esa correcta perspectiva, consideramos que por documento de gestión debe entenderse todos aquellos instrumentos que hacen posible la gestión, manejo, administración y aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre, pudiendo encontrarse, solo por citar algunos, los siguientes:

- **Guías de transporte forestal y de fauna silvestre**, que según definición del artículo 124 de la Ley n.º 29763, es el documento que ampara la movilización de productos forestales y de fauna silvestre, sean en estado natural o producto de primera transformación, de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento.
- **Libro de operaciones forestales**, que conforme al artículo 171 del Reglamento para la Gestión Forestal, es el documento que registra información para la trazabilidad de los especímenes, productos y subproductos forestales, pudiendo ser: libro de operaciones de títulos habilitantes y libro de operaciones de centros y otros.
- **Guía de remisión**, de acuerdo con el artículo 94 del Reglamento para la Gestión Forestal, debe ser utilizada para el transporte de ejemplares propagados de especímenes forestales, concordado con el artículo 168 de la misma norma.
- **Certificado de origen**, este es un documento necesario para acceder a permisos de importación o reexportación de productos forestales, conforme lo considera el artículo 32 del Reglamento para la Gestión Forestal.

En ese sentido, advertimos, en consonancia con la jurisprudencia citada, que los documentos de gestión forestal vienen a ser todos los instrumentos contemplados en la norma que van a facilitar el aprovechamiento, el transporte, transformación y otros actos relacionados con los productos forestales y de fauna silvestre.



### 3.3. CONDICIÓN DE LOS DOCUMENTOS

De acuerdo con la descripción del tipo penal, los estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal, solicitudes y los documentos de gestión forestal deben contener datos falsos o inexactos.

Para distinguir lo falso de lo inexacto, debemos remitirnos a la definición gramatical. El DLE (2014) define «falso» como incierto y contrario a la verdad, mientras que lo inexacto es definido como aquello que carece de exactitud.

Así entendidos tales términos, debemos señalar que los datos en un documento serán falsos, cuando, por ejemplo, se declare en ellos que los productos forestales proceden de individuos autorizados (del área del título habilitante), cuando de los actuados se determina que en el área del plan de manejo no se realizó ningún tipo de aprovechamiento. Otro ejemplo que puede graficar correctamente ese supuesto es el hecho de que el regente elabore un plan operativo consignando que en su área existe una determinada cantidad de árboles de cedro, pero cuando se realiza la supervisión forestal, el Osinfor determina la inexistencia total de individuos de esa especie.

Por su parte, tratándose de información inexacta, podría determinarse su materialización, cuando un individuo forestal es declarado existente en el área de manejo, pero yerra el consultor forestal al incluir coordenadas inexactas, lo que se determina en la supervisión forestal, al encontrarse el árbol debidamente placado, conforme al plan de manejo, pero se incurrió en una inexactitud en la determinación de las coordenadas.

## 4. CONCLUSIONES

1. Conforme a las líneas expuestas, podemos concluir que la necesidad de incorporar este ilícito en el Código Penal obedeció al contexto en el cual se realizaba la gestión forestal y de fauna silvestre en el país, pues, tal como se dice en la exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1237, la presentación documental y su posterior aprobación, así como la utilización de dichos documentos, terminaban siendo la puerta para el aprovechamiento irracional de los recursos forestales. Así, si bien ya se encontraban vigentes los delitos contra la fe pública, no era posible una persecución penal adecuada, toda vez que los documentos de gestión forestal, en general, requerían de la aplicación de la norma penal en blanco para lograr una adecuada interpretación y aplicación de la ley penal, lo que no se podía concretar a través de los tipos penales contra la fe pública.
2. Por ello, era importante concebir un tipo penal que sancionara a quien suscribiera, realizara, insertara o hiciera insertar en el procedimiento administrativo estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal, solicitudes u otro documento de gestión forestal en los que se incorporase o avalase información falsa o inexacta, toda vez que la gestión forestal, en general, no podía permanecer constantemente amenazada por personas que actuaban al margen de la ley, sin que fueran procesadas y juzgadas por dichas graves violaciones a la fe pública ambiental.

3. Finalmente, teniendo en cuenta que la lucha contra los delitos ambientales es una actividad que no debe desmayar, esta debe constituir un llamado de compromiso para todos los funcionarios y servidores públicos que, de una manera u otra, nos encontramos vinculados a la materia. Ello implica un compromiso que no solo se proyecta en el investigar las infracciones al Código Penal y a la legislación forestal y de fauna silvestre, sino también implica proteger y defender uno de los valores más sagrados que tenemos los seres humanos: el ambiente, el que debe permanecer sano y equilibrado para el desarrollo de la vida.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Bazán Carranza, V. (26 de mayo del 2020). *El tipo penal de falsedad ideológica en el Código Penal peruano*. LP Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/tipo-penal-falsedad-ideologica-codigo-penal-peruano/>
- Hundskopf Exebio, O. (2013). Del ambiente y los recursos naturales. Artículo 66. Recursos naturales. En W. Gutiérrez (Dir.), *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (2.ª ed., t. II, pp. 170-194). Lima: Gaceta Jurídica E. I. R. L.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (s. f.). *Planes generales de manejo forestal*. [https://www.unodc.org/documents/bolivia/DI\\_Planes\\_generales\\_de\\_manejo\\_forestal.pdf](https://www.unodc.org/documents/bolivia/DI_Planes_generales_de_manejo_forestal.pdf)
- Real Academia Española - RAE. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). <https://dle.rae.es/>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2000). STC n.º 00003-2006-AI/TC, Lima, 4 de setiembre del 2006. [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria\\_detalle&id\\_post=14\\_4323](https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=14_4323)

### Fuentes legales

- Constitución Política del Perú de 1993.  
Constitución Política del Perú de 1979.  
Decreto legislativo n.º 295 – Código Civil peruano.  
Decreto legislativo n.º 635 – Código Penal peruano  
Decreto Supremo n.º 018-2015-MINAGRI – Reglamento para la Gestión Forestal  
Decreto Supremo n.º 019-2015-MINAGRI – Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre.  
Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS – TUO de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.  
Ley n.º 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre.  
Ley n.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.





D E R E C H O  
A M B I E N T E Y  
R E C U R S O S  
N A T U R A L E S

ISBN: 978-612-4210-91-4



9 786124 210914