



LOS DELITOS DE CONTAMINACIÓN Y MINERÍA ILEGAL

Dr. Eduardo Oré Sosa¹

I. Introducción

Como se sabe, el 60 % de nuestro territorio está cubierto por bosques, los que brindan madera, “pero también raíces, tallos, hojas, flores, frutos, semillas, resinas y látex, entre tantos otros servicios para la humanidad”; se trata de un ecosistema “que produce medicinas naturales y materias primas, y que permite, además, la existencia de una variedad de animales, plantas y microorganismos”.² No obstante, nuestros bosques se ven amenazados por la tala indiscriminada y la minería irresponsable. Parafraseando una conocida fábula, es de temer que cada vez resulte más difícil que una ardilla atraviese nuestros bosques, de rama en rama, sin tocar el suelo.

Son los dilemas de la modernidad; por más que a nivel mundial se haya acogido el principio de desarrollo sostenible –que apunta a un justo equilibrio entre el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente–, lo cierto es que el desarrollo de la industria, así como el mejoramiento de la calidad de vida en una parte importante del planeta, ha supuesto una grave afectación del lugar en que vivimos. Con lo cual, esta problemática desborda los estrictos límites de la legalidad y el injusto penal. Si no veamos las convenidas reticencias de algunos Estados para aprobar el Protocolo de Kioto; esto lleva a que vertidos o emanaciones industriales que deterioran los suelos, el agua de los ríos o el aire que respiramos queden, en dichos contextos, dentro del ámbito del riesgo permitido.

Desde luego, no se puede desconocer los beneficios que, para la sociedad, reportan la actividad industrial y el empleo de la nueva tecnología, pero no por ello se debe ser indulgente con la generación de riesgos a intereses de connotada relevancia, sin que quepa descartar la intervención del Derecho penal cuando la gravedad del riesgo así lo exija.³ Y es que estamos ante riesgos⁴ que en un primer momento fueron subestimados en cuanto a sus efectos sobre todo tipo de vida en el planeta, pero de cuya importancia y gravedad hoy pocos dudan. Véase, si no, la preocupación en cuanto a la gravedad de los gases de efecto invernadero y su repercusión en el calentamiento global. Estos riesgos, a pesar de sustraerse generalmente a la “percepción humana inmediata”,⁵ cada vez se hacen más patentes. Riesgos que involucran no sólo a un individuo o a un grupo, sino a todo ser vivo presente y futuro; riesgos frente a los cuales ya nadie puede sentirse invulnerable.⁶

¹ Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Doctor por la Universidad de Salamanca.

Magíster en Ciencias Penales (UNMSM).

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Piura y de la Universidad San Ignacio de Loyola.

Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la PUCP.

Miembro del Estudio Oré Guardia.

² Vid. *Minam. Esta no es una revista más sobre el medio ambiente*, n° 6 (2015), p. 6.

³ Vid. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia, Tirant lo blanch, 1991, p. 189.

⁴ Riesgos de diverso origen y naturaleza: v. gr. el desarrollo de la bioquímica y su aplicación al agro (pesticidas, fertilizantes), a la industria alimenticia (colorantes, edulcorantes, conservantes, productos transgénicos) o a la industria farmacéutica; el desarrollo de la industria nuclear; el transporte de materiales radiactivos; etc.

⁵ Peligros, como señala Ulrich Beck, que muchas veces no son percibidos directamente por los afectados y que se transmiten, incluso, a la propia descendencia. Como ocurre por ejemplo con las mutaciones genéticas producidas por la permanente exposición a fuentes de radiación. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Ed. Paidós, 1998, p. 33

⁶ Siguiendo a Ulrich Beck, ni los poderosos, que son generalmente quienes los producen, se sienten seguros (efecto bumerang). Estamos pues, ante la globalización de los riesgos. BECK, Ulrich. *La*



A esto se suma los riesgos “colaterales” que suelen acompañar algunas actividades ilícitas. En el caso de la minería ilegal, por ejemplo, no solo se afectan áreas naturales protegidas, sino también —básicamente por la exposición al mercurio y otras sustancias contaminantes—, la salud de las personas; a lo que se agregan problemas de magnitud como la explotación infantil, la prostitución, la trata de personas, el lavado de activos, etc.

II. Medio ambiente como bien jurídico

En el caso del medio ambiente, tal es la envergadura, complejidad e importancia de los intereses comprometidos, que su plasmación como bien jurídico digno de protección penal parecería poder prescindir de cualquier referencia, mediata o inmediata, implícita o expresa, a un bien jurídico individual [v. gr. vida humana o salud de las personas]. Según esta visión *ecocéntrica*, el medio ambiente, de manera intrínseca y autónoma, ostentaría entidad suficiente como para gozar de protección penal.⁷ Sin embargo, eso no es precisamente lo que parece desprenderse del inciso 22 del artículo 2 de la Constitución, que reconoce a toda persona el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Se parte, pues, de una visión *antropocéntrica* en cuya virtud el medio ambiente se instrumentaliza en función a las necesidades de protección de la vida humana, la salud y el desarrollo de las personas. No obstante, como el Estado también se obliga a promover “el uso sostenible de sus recursos naturales” (artículo 67 Const.) o “la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas” (artículo 68 Const.), solo parecen asumibles, en materia de protección ambiental, posturas ecléticas o *antropocéntricas moderadas*, las mismas que gozan de gran predicamento en la doctrina⁸ y se han visto confirmadas por el Tribunal Constitucional. Véase, a este respecto, los fundamentos séptimo y octavo de la sentencia recaída en el Exp. N° 0018-2001-AI/TC, donde se puede leer:

sociedad... ob. cit., pp. 42 y 43.

7 Entre nosotros, si bien Peña Cabrera alude a una perspectiva *ecocéntrica* que eleva a objeto de tutela penal factores como el agua, el aire o el suelo, la flora y la fauna, también reconoce que, al protegerlos, “se está protegiendo mediatamente al individuo”, vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. El delito de contaminación ambiental: rasgos dogmáticos y características esenciales. En: *Actualidad Penal*, 4 (2014), p. 31.

8 En el ámbito nacional, Caro Coria se adscribe a una tendencia *antropocéntrica moderada* alejada de un egocentrismo absoluto, cercano, este último, a movimientos ecologistas radicales que postulan un mandato de “conservar por conservar”; con lo cual, para este autor, la protección constitucional del ambiente, si bien se realiza teniendo en cuenta la finalidad de garantizar y mejorar la vida humana, no sólo repercute sobre ella, sino también en el mantenimiento de otras formas de vida vegetal y animal, vid. CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*. Lima, Gráfica Horizonte, 1999, p. 85. En el mismo sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima, Jurista Editores, 2006, pp. 89-90, quien asume “una posición *ecoantropocéntrica* con la característica colectiva y autónoma. Esta posición propicia una tutela jurídica del ambiente sobre la base de un ‘antropocentrismo moderado’ que parte de la Constitución Política, por cuanto junto a la puesta en riesgo de la salud de las personas (...) se consagra la protección de otros peligros para el ambiente natural, referente a los recursos naturales básicos como en sus manifestaciones mediales de carácter abióticos (agua, aire, suelo) como bióticos-orgánicos (flora y fauna). En el derecho comparado, vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 17-18; MUÑOZ CONDE / LÓPEZ PEREGRÍN / GARCÍA ÁLVAREZ. *Manual de derecho penal medioambiental*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 135; GARCÍA RIVAS, Nicolás. Delitos contra el medio ambiente. En: *Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*. [www.cienciaspenales.net]. Enlace: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/delitos%20contra%20el%20medio%20ambiente.pdf



«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, sus componentes bióticos, como la flora y la fauna; los componentes abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo; los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones 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 fragmentaria o atomizada, vale decir, en referencia a cada uno de ellos considerados individualmente, sino en armonía sistemática y preservada de grandes cambios.

Por consiguiente, el inciso 22) del artículo 2º de la Constitución, implica que la protección comprende el sistema complejo y dinámico de todos sus 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**». [Resaltado nuestro].

«Por otro lado, la Constitución no sólo garantiza que el hombre se desarrolle en un medio ambiente equilibrado, sino también que ese ambiente debe ser “adecuado para el desarrollo de la vida humana”.

Lo expuesto se traduce en la obligación concurrente del Estado y de los particulares de mantener aquellas condiciones naturales del ambiente, **a fin de que la vida humana exista en condiciones ambientalmente dignas**. Al reconocerse el derecho en mención, se pretende enfatizar que en el Estado democrático de derecho no sólo se trata de garantizar la existencia física de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerlo contra los ataques al medio ambiente en el que se desenvuelva esa existencia, para permitir que el desarrollo de la vida se realice en condiciones ambientales aceptables. Como se afirma en el artículo 13º de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997, el “derecho a un medio ambiente seguro, sano [es] **condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo**”». [Resaltado nuestro].

Ciertamente, la protección de estos intereses no podría ser satisfecha desde una perspectiva exclusivamente individual del bien jurídico. Adelantamos, de este modo, nuestra postura a favor de la legitimidad —en términos de merecimiento y necesidad de pena— de los bienes jurídicos colectivos. Por lo demás, una revisión constante de los intereses dignos de protección penal debe ser el correlato del concepto crítico de bien jurídico y del carácter dinámico de toda sociedad.⁹ La salud pública y el orden económico, por ejemplo, son intereses que importan a todos, a la “generalidad” de individuos de una sociedad,¹⁰ con lo cual, su protección resulta insuficiente a partir de los delitos de homicidio o de lesiones, o los delitos de hurto, robo u otras figuras que incidan en el patrimonio individual de las personas.

9 Como dice Pedrazzi, el concepto del bien jurídico debe constituir un “criterio de estructuración legislativa de acuerdo con esquemas racionales: eliminando, por un lado, directrices de tutela de escasa relevancia social o históricamente superadas; ayudando, por otro, a salvar las eventuales lagunas, acogiendo las necesidades nuevas y otorgando dignidad jurídica a intereses y valores injustamente olvidados por el legislador”. PEDRAZZI, Cesare. El bien jurídico en los delitos económicos. En: AA. VV. *Los delitos socio-económicos*. Barbero Santos (ed.). Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1985, p. 282.

10 Vid. Martínez-Buján Pérez, que distingue entre el interés general de todos y el interés sectorial o de grupo. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Valencia, Tirant lo blanch, 1998, p. 95.



De cualquier modo, Bustos concibe los bienes jurídicos colectivos como complementarios de los bienes jurídicos individuales. Complementariedad que este autor define como la relación teleológica que se establece entre unos y otros, y por la que los bienes colectivos tienden a asegurar la libertad e igualdad material de los sujetos.¹¹

Bien es verdad que el desarrollo de los bienes jurídicos colectivos difícilmente hubiese encontrado acomodo en el Estado liberal, dado el sesgo individual y no intervencionista que lo caracteriza. Distinto es el caso si nos atenemos al modelo de Estado que emana de nuestra Constitución¹², pues de la consideración de un Estado como social y democrático de Derecho, que supera las limitaciones de un Estado liberal,¹³ tenemos que la intervención del Estado es exigida en orden a una justa y adecuada protección de todos sus ciudadanos, tanto en el ámbito de la libertad —económica y social— como de su seguridad.¹⁴

De lo anterior, parece inobjetable la incorporación de los bienes jurídicos colectivos como objeto de protección penal, al menos frente a los comportamientos más graves. Esto, como señala Bustos, tanto porque tradicionalmente siempre han existido bienes jurídicos ligados al funcionamiento del sistema —salud pública, la seguridad común o la fe pública— como por el hecho de que los bienes jurídicos colectivos están ligados a necesidades básicas de los sujetos.¹⁵

Ahora bien, que los bienes jurídicos colectivos hayan adquirido carta de ciudadanía en el Derecho Penal no significa que su protección haya estado exenta de dificultades. La

11 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932). En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, n° 11 (1986), pp. 159 y 163. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan. Peligro abstracto y garantías penales. En: AA. VV. *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Quintero Olivares y Morales Prats (coords.). Navarra, Aranzadi, 2001, p. 805.

12 Si nos atenemos a los artículos 43, 44 y 45 de la Constitución, la República del Perú es democrática y social; el Estado tiene el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; y el poder se ejerce con arreglo a las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen; todo lo cual evoca, indiscutiblemente, al Estado social y democrático de derecho. Por otro lado, y en lo económico, señala BERNALES BALLESTEROS que la expresión “economía social de mercado” permite en el plano constitucional introducir correctivos al libre juego del mercado que orienten toda la actividad hacia objetivos no solo individuales, sino también colectivos, vid. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, ICS Editores, 1996, p. 304.

13 Conforme señala Bustos Ramírez, en un Estado liberal democrático no se negaba “la existencia de bienes jurídicos supraindividuales, lo que sí sucedía era que al considerarse al Estado con una función simplemente de guardián, no se visualizaba la necesidad de intervenir en las disfunciones de los procesos sociales y económicos: con lo cual se daba una concepción sumamente limitada de los alcances del concepto de bien jurídico. Esta visión de las cosas se transforma con el Estado intervencionista y el social y democrático de Derecho. Surge la necesidad de configurar un área no ya en referencia a la persona, sino además a los procesos económicos, o mejor, socioeconómicos, vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes... ob. cit., p. 153.

14 Como señala Bustos, “el Estado tiene hoy que atender a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, con el objeto justamente de tender a una libertad e igualdad material. Ello requiere entonces la intervención estatal no sólo fundamentalmente para reprimir, como sucedía en la concepción del Estado guardián, sino para promover la atención a dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales”, vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes... ob. cit., p. 159. En la misma línea, Pérez Royo marca la diferencia entre el Estado democrático posterior a la Primera Guerra Mundial de su manifestación anterior a lo largo de todo el siglo XIX: el Estado, sin perder el carácter garantista del individuo, será además un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad; se asistió al cambio de un Estado casi exclusivamente represivo a un Estado básicamente proveedor de servicios sociales, vid. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2003, 9° ed., p. 202.

15 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. En: *Pena y Estado. Revista hispano latinoamericana*, n° 1 (1991), pp. 102-103.



complejidad de las denominadas “nuevas formas de criminalidad” —como por ejemplo los fraudes informáticos, los delitos contra el medio ambiente, el tráfico de inmigrantes, el terrorismo global, en fin, todas aquellas formas de criminalidad organizada y transfronteriza— conduce a la búsqueda de figuras que no casan con los institutos propios de la dogmática tradicional, esto es, aquellos que se estructuran sobre la base de un comportamiento individual. Figuras, por tanto, de dudosa legitimidad a la luz de los principios básicos del Derecho penal.¹⁶

Así, Hassemer cuestiona la tendencia a utilizar el Derecho penal como única solución para los conflictos o problemas sociales; critica también los bienes jurídicos universales y los delitos de peligro abstracto porque con ellos el daño y la víctima no existen o aparecen difuminados.¹⁷ Por otro lado, Silva Sánchez pone el caso, justamente, del medio ambiente, en el que, en aras de una mayor eficacia, se podría dejar de lado algunos principios político criminales, como sucede cuando se renuncia a la exigencia de verificar el resultado de peligro [concreto]; pudiendo darse el caso de que se llegue a una situación tal donde habiendo abandonado o limitado los principios no se haya conseguido la eficacia esperada.¹⁸ Muñoz Conde también critica una funcionalización del Derecho penal que parece solo atender a fines preventivos de más fácil justificación ante la opinión pública, pero que, “al mismo tiempo, encierra el peligro de que se le asignen tareas que el Derecho Penal no puede cumplir o que, en todo caso, no puede cumplir sin mermas de las garantías y principios básicos”.¹⁹

Con todo, Marinucci y Dolcini niegan que estemos ante delitos *sin víctima* y consideran, por el contrario, que estamos ante delitos caracterizados por una victimización de masa; y es que, directa o indirectamente, la criminalidad económica, sobre todo la que involucra a empresas de grandes dimensiones, afectan el patrimonio de millares de personas, y, en el caso del medio ambiente, estos delitos comprometen las condiciones mismas de supervivencia física y económica de grupos más o menos amplios de personas, cuando no de todo el género humano.²⁰ En el mismo sentido, Terradillos plantea que estamos, en realidad, ante nuevas y más lesivas formas de ataque de los mismos bienes jurídicos, no pareciendo injustificado que el Derecho penal aporte sus limitados medios para neutralizarlos o reducirlos.²¹

III. Las técnicas de protección y la estructura típica

16 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal*. En: *Revista Penal*, n° 5 (2000), p. 48; cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho penal y del Derecho de sociedades. En: AA. VV. *Hacia un Derecho penal sin fronteras*. Diego Díaz-Santos y Sánchez López (Coord.). Madrid, Colex, 2000, p. 47. Para esta autora, la necesidad, en algunos casos, de “flexibilizar” los principios no se debe solo a las demandas de eficacia, sino también a las características del bien jurídico y de los sujetos intervinientes garantes de esos bienes, los que ameritan una tutela preventiva previa.

17 vid. HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. Valencia, Tirant lo blanch, 1995, pp. 26 y 30.

18 vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente. En: AA. VV. *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann)*. Gómez Colomer y Gonzales Cussac (Coord.). Castellón, Universitat Jaume I, 1997, p. 153.

19 MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. En: AA. VV. *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte General*. Vives Antón y Manzanares Samaniego (dirs.). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 451.

20 MARINUCCI, Giorgio, y DOLCINI, Emilio. Derecho penal “mínimo” y nuevas formas de criminalidad. Raúl Carnevali (trad.). En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 9 (2002), pp. 160-161.

21 TERRADILLOS BASOCO, Juan. Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico. En: AA. VV. *Temas de Derecho penal económico. III Encuentro hispano italiano de Derecho penal económico*. Juan Terradillos y María Acale (coords.). Madrid, Trotta, 2004, p. 225.



Que estemos ante a un interés digno de protección penal que, por tanto, ha de habilitar la intervención de la potestad punitiva del Estado con el fin de evitar aquellas conductas que entrañen un peligro relevante para el bien jurídico no es suficiente para legitimar cualquier fórmula que emplee el legislador para configurar estos delitos. Desde luego, son múltiples los temas que merecerían ser abordados a este respecto, pero, atendiendo a la modesta finalidad de este trabajo, nos centraremos fundamentalmente en dos: la ley penal en blanco y los delitos de peligro abstracto.

a. Norma penal en blanco

Por ley penal en blanco entendemos aquella que se remite a una norma extrapenal para completar o, quizás mejor dicho, complementar la descripción típica del injusto. Como señalan Muñoz Conde y García Arán, esta técnica de descripción típica suele utilizarse “cuando la conducta que constituye el supuesto de hecho de la norma penal en blanco está estrechamente relacionada con otras ramas del Ordenamiento jurídico de finalidades y alcance diferentes a los de la norma penal”.²²

Esta técnica parece necesaria en el ámbito de los bienes jurídicos complejos y de nuevo cuño como, por ejemplo, el medio ambiente,²³ caracterizados por una legislación profusa y cambiante. De hecho es la técnica utilizada por nuestro legislador cuando exige la infracción de leyes, reglamentos o límites máximos permisibles para la configuración del delito de contaminación. Se trata, en este caso, de un supuesto de accesoriedad de norma; con lo cual, la verificación del injusto exige la infracción de una norma administrativa, sin que se supedita a la vulneración de un acto administrativo de autorización.²⁴ Distinto es el caso del delito de minería ilegal, que sanciona a quien realiza actividades de exploración, extracción, explotación u otros similares sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente; lo que comporta un supuesto de accesoriedad de acto.²⁵

Como se sabe, el recurso a la norma penal en blanco siempre ha suscitado el problema de la posible vulneración del principio de legalidad, en especial, del mandato de determinación y de reserva de ley.²⁶ En otras palabras, una injerencia tan extrema en la esfera individual, como la que resulta de la intervención del Derecho penal, exige normas expresas del más elevado rango. Lo que podría ser burlado si la determinación del comportamiento penalmente relevante se abandona a la potestad reglamentaria de la administración. Ante ello, se ha estimado que no se produce ninguna violación al principio de reserva de ley siempre que se observen ciertos requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que el núcleo esencial de la prohibición esté contenido en la Ley; y que las exigencias de certeza y concreción queden satisfechas de cara a un adecuado conocimiento del tipo.²⁷

22 MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, 7º ed., p. 38.

23 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Navarra, Aranzadi-Thomson, 2002, 3º ed., p. 63.

24 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos...* ob. cit., p. 57.

25 Otra figura penal que acoge un supuesto de accesoriedad de acto es el previsto en el artículo 306 CP, en cuya virtud se sanciona penalmente a quien “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”.

26 MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal...* ob. cit., pp. 102-105; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual...* ob. cit., pp. 74-76

27 Lo que ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia constitucional española; baste como ejemplo la STC 118/1992 del 16 de septiembre, vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Boletín Oficial del



b. Delitos de peligro

Si el Derecho penal tiene como fin la protección de bienes jurídicos, es natural que la configuración de cada tipo se estructure desde la afectación de un bien jurídico penalmente relevante. Y es que, como señala Terradillos, lo penalmente prohibido es la creación de un riesgo para un bien jurídico.²⁸ De ahí que no baste una mera oposición entre la conducta y el ordenamiento jurídico (*antijuricidad formal*), sino que se exija un ataque particularmente gravoso a un bien jurídico digno de protección (*antijuricidad material*).²⁹ En este cometido, los tipos penales se configuran de manera tal que el contenido del tipo objetivo plasme la infracción de una norma [de mandato o de prohibición] que, a su vez, lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido por la norma. El delito supone, de este modo, un desvalor de acción y un desvalor de resultado.

Vale la pena mencionar que el desvalor de resultado no se equipara al menoscabo natural o físico del bien jurídico, ni del objeto material del delito. El desvalor de resultado, de modo más preciso, alude a la afectación del bien jurídico en un nivel abstracto. En consecuencia, al Derecho penal no solo le interesa prevenir los comportamientos que lesionan de manera efectiva un bien jurídico, sino también aquellos que lo ponen en peligro.³⁰ Desde este punto de vista, también se puede afirmar, por ejemplo, que aunque los delitos de *mera actividad* carecen de resultado en sentido natural, no carecen de desvalor de resultado.³¹

Ahora bien, el reconocimiento de los intereses colectivos como bienes jurídicos penalmente relevantes ha generado, entre otros, el problema de buscar la mejor técnica de protección. En la mayor parte de los casos, el legislador ha optado por el empleo de tipos penales de peligro, incluso, de peligro abstracto.³² Lo que ha abierto un debate todavía inconcluso sobre la legitimidad de su utilización. La principal objeción se centra en que este tipo de delitos vulnera el principio de ofensividad ya que, según se sostiene, se llega al extremo

Estado. *Jurisprudencia Constitucional*, T. XXXIV (1992), p. 114.

28 TERRADILLOS BASOCO, Juan. Peligro abstracto... ob. cit., p. 790.

29 De lo contrario se podría llegar a sancionar la mera desobediencia de la ley, vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*... ob. cit., p. 300-301; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual*... ob. cit., pp. 277-287.

30 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 22-23 y 143. Corcoy niega la distinción entre “delitos de lesión” y “delitos de peligro” cuando se ponen en relación al bien jurídico: el bien jurídico es afectado tanto por los delitos de “lesión” como por los delitos de “peligro”. En su opinión, esta distinción tiene sentido cuando se relacionan al “resultado” en sentido material —grado de afectación del objeto del delito—, distinguiendo así entre delitos con resultado material de lesión y delitos con resultado material de peligro.

31 Acale Sánchez señala que el resultado natural aparece como un elemento más del tipo en determinados delitos, mientras que el desvalor de resultado o resultado jurídico existe siempre. El desvalor de resultado tomaría como base, según esta autora, el cambio en el estado de cosas como consecuencia de la realización del comportamiento típico. ACALE SÁNCHEZ, María. Los delitos de mera actividad. En: *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 10 (2002), pp. 20 y 25-26.

32 Es de mencionar que los delitos de peligro concreto también han sido objeto de duras críticas, ya que, como señala Méndez Rodríguez, en ellos la verificación del peligro ha de ser realizada recurriendo a criterios —como por ejemplo los de “probabilidad”— de valor relativo y con un elevado margen de indeterminación. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid - Centro de Estudios Judiciales, 1993, pp. 120-121; cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / de Remesal (trads.). Madrid, Civitas, 1997, pp. 404-406.



de adelantar las barreras de protección o intervención penal a momentos en los cuales el bien jurídico, ni tan siquiera, habría sido puesto en efectivo peligro.³³

También se ha indicado que la consideración de estos tipos penales como delitos de peligro abstracto solo se produciría si se entiende que el bien jurídico protegido por la norma penal es un bien jurídico de naturaleza individual. Si, de ser posible, la lesión o puesta en peligro se hiciera en referencia al bien jurídico colectivo, los delitos de peligro abstracto cederían lugar a delitos de lesión y delitos de peligro concreto. Esto parte de la consideración de que entre bien jurídico colectivo y bien jurídico individual media una relación instrumental o de complementariedad.³⁴

Tiedemann reconoce que la introducción de delitos de peligro abstracto implica una considerable ampliación de la punibilidad, por lo que solo es aceptable si ya el mero peligro abstracto es merecedor de sanción. Agrega que no es solo la facilidad para la prueba lo que ha llevado al empleo de estas técnicas de tipificación sino, fundamentalmente, la necesidad de proteger intereses jurídicos supraindividuales para cuya efectiva tutela no resulta imaginable otra configuración típica. Considera que el peligro parece abstracto únicamente si es referido a intereses individuales, mientras que si se toman en consideración los aspectos supraindividuales (sociales) del bien jurídico, estos intereses son lesionados (y no únicamente puestos en peligro) por el delito.³⁵

En el mismo sentido, Rodríguez Montañés considera que el recurso a esta técnica se legitima por la importancia de los bienes en juego.³⁶ Sostiene que para que los delitos de peligro abstracto se adapten a los principios del ordenamiento penal, en especial, a la exigencia de antijuricidad material, han de representar un peligro real para bienes jurídicos; consecuentemente, esta autora sostiene que lo que interesa es la peligrosidad *ex ante* como atributo de la acción —potencialidad lesiva de la conducta— y, por tanto, la producción o no del

33 La Escuela de Frankfurt ha sido especialmente crítica con los problemas generados por los bienes jurídicos colectivos, en especial, con el recurso a tipos penales de peligro abstracto. Para Hassemmer, el empleo de fórmulas de peligro abstracto se hace con el fin de evitar el problema de probar la causalidad, lo que se consigue con el criticable recurso de prescindir del elemento *perjuicio*; agrega que estos delitos se caracterizan por tratarse de delitos sin víctimas, vid. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Muñoz Conde y Díaz Pita (trads.). Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 55-56. Por su parte, Hormazábal considera que la protección de los bienes jurídicos colectivos es legítima solo si se retrotrae a la protección de un bien jurídico individual. De esto, se establece entre ambos una relación de tipo teleológico: el bien jurídico colectivo ha de estar al servicio del bien jurídico individual. Para este autor, en efecto, bienes jurídicos como el medio ambiente están en relación con el funcionamiento del sistema; con ellos se trata de proteger las condiciones para que la vida, la salud y la libertad puedan hacerse efectivas. No obstante, según este mismo autor, en los delitos de peligro abstracto se presenta la posibilidad de la vaguedad y de la indeterminación de la conducta prohibida; en ellos no se define el peligro, sino una acción a la que le da la presunción de peligrosa, estando, de este modo, deslegitimados desde la perspectiva de un programa de derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos, vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. El principio de lesividad y el delito ecológico. En: AA. VV. *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Quintero Olivares y Morales Prats (coords.). Navarra, Aranzadi, 2001, p. 1422.

34 Bustos Ramírez afirma que el hecho de caracterizar los bienes jurídicos colectivos como complementarios de los individuales no significa que los delitos que se configuren para protegerlos tengan que ponerse en relación a éstos (los individuales) para definir su estructura. Para Bustos, esto es innecesario ya que se puede construir delitos de lesión o de peligro concreto en relación al bien jurídico colectivo. Con todo, se muestra crítico de los delitos de peligro abstracto, ya que van en contra de los principios garantistas del Derecho penal, vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes... ob. cit., p. 160.

35 TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Amelia Mantilla (trad.). Barcelona, Ariel, 1985, p. 36.

36 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp. 299-304 y 338.



resultado de peligro sería irrelevante.³⁷ Postura afín al delito de peligro hipotético concebida por Torío como aquel en el que es necesario, aunque también suficiente, la ejecución de una acción peligrosa en el sentido de idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido; implica, pues, la posibilidad –mas no la realidad– del peligro para el bien jurídico. En estos delitos, el juez deberá “acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor *real* de acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor *potencial* de resultado) como exigencias del tipo.”³⁸ En la misma línea, Terradillos admite el recurso a los delitos de peligro abstracto solo cuando no sea posible o no sea conveniente supeditar la intervención penal a la constatación de peligro para un bien jurídico concreto, como ocurre, precisamente, en el delito ecológico.³⁹ En cualquier caso, de la conducta prohibida cabe esperar que sea “objetivamente idónea (peligrosa) para producir un resultado lesivo”.⁴⁰

A decir de Schönemann, la crítica a los delitos de peligro abstracto y la “propaganda a favor de la vuelta del Derecho penal a su núcleo histórico” es absurda, propia de un Derecho penal que se cierne sobre las clases bajas, y en el que el inviolable postulado de la justicia e igualdad resulta pisoteado abiertamente.⁴¹ Denuncia, este mismo autor, esa tendencia típica que se dirige a criticar la modernización del Derecho penal, consistente en la formulación de rígidas condiciones de legitimidad que en la práctica del Derecho penal clásico no tienen equivalente;⁴² propone reemplazar estas críticas, de un lado, por un detallado análisis de la estructura de los bienes jurídicos colectivos, de sus condiciones de perjuicio y de su merecimiento de protección penal, y, por otro, por una teoría de las necesidades político criminales y de la legitimidad constitucional de la extensión anticipada de la protección de bien jurídico concreto-material a través del delito de peligro abstracto.⁴³

Por nuestra parte, consideramos que el recurso a esta técnica de tipificación debe ser ciertamente excepcional, sin quedar exenta de un mínimo de garantías.⁴⁴ Si parece inevitable, como señala Muñoz Conde, la tendencia a la protección de bienes jurídicos institucionales o universales, e inevitable también el recurso a los delitos de peligro abstracto, “en ningún caso, ello debe significar la pérdida de identidad del Derecho Penal y su conversión en una *soft law*, haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho Civil o administrativo.”⁴⁵

IV. Delito de contaminación

Artículo 304.- Contaminación del ambiente

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

37 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro...* ob. cit., p. 298.

38 TORÍO LÓPEZ, Ángel. Los delitos del peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXIV (1981), pp. 825-847.

39 TERRADILLOS BASOCO, Juan. Peligro abstracto... ob. cit., pp. 813-814.

40 TERRADILLOS BASOCO, Juan. Peligro abstracto... ob. cit., pp. 798 y 814.

41 SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? Teresa Rodríguez (trad.). En: AA. VV. *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991, p. 34.

42 SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral? Lourdes Baza (trad.). En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid, Tecnos, 2002, pp. 57-58.

43 SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho penal... ob. cit., p. 59.

44 Siguiendo en este punto a: TERRADILLOS BASOCO, Juan. Peligro abstracto... ob. cit., pp. 813-814

45 MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de los derechos... ob. cit., p. 453.



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

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

La industria y muchas otras actividades del mundo moderno, como se sabe, generan riesgos de afectación a intereses de los individuos o de la colectividad [bienes jurídicos], lo que no impide el desarrollo de aquellas por los beneficios que conllevan para la sociedad. De esto resulta, por ejemplo, que no se prohíba la circulación de medios de transporte, a pesar de constituir un factor contaminante o ser fuente constante de accidentes de tránsito; tampoco se prohíbe la actividad minera, estando permitida siempre que cumpla ciertos estándares de seguridad y se desarrolle dentro de los límites de lo tolerable (observancia de la regulación de la materia, de las autorizaciones concedidas, etc.).

Cuando estos límites son rebasados, salimos del riesgo permitido y entramos al ámbito de lo prohibido; con lo cual, el riesgo creado [en los casos señalados, el peligro de contaminación o de generar un accidente de tránsito] deja de ser un comportamiento ajustado a derecho, convirtiéndose, más bien, en una conducta antijurídica y, eventualmente, punible.

Consecuentemente, y por poner un ejemplo, al hecho de provocar emisiones de gases tóxicos infringiendo los límites máximos permisibles le debe seguir, para configurar el delito de contaminación, un determinado resultado. El resultado exigido por la norma penal no es solamente un resultado de lesión (causar un perjuicio efectivo), sino que puede constituir también un resultado de peligro (pueda causar un perjuicio). El perjuicio, alteración o daño –sea este efectivo o potencial– debe ser grave. Cierto es que la gravedad como elemento del tipo penal adolece de un alto grado de indeterminación, mucho más si se utiliza no solo para valorar daños efectivos al medio ambiente o a sus componentes, sino también para valorar los “daños” que pudieron ocurrir, pero, finalmente y por cualquier razón, no ocurrieron (peligro concreto). En cualquier caso, estamos ante un juicio de valor que tendrá que ser mensurado en atención a las circunstancias del caso concreto, tomando como referencia los peligros que se ciernen sobre la vida y salud de las personas (factor antropocéntrico), o sobre los demás elementos bióticos (flora y fauna) y abióticos (suelo, aire, agua) del medio ambiente.⁴⁶

En la medida en que pueda determinarse, mediante las pericias correspondientes, un daño efectivo a un componente del ecosistema o que este estuvo por producirse, podrá imputarse el delito de contaminación siempre que ese perjuicio, alteración o daño –potencial o efectivo– pueda ser atribuido a las –en nuestro ejemplo– emisiones realizadas. A este respecto, es de señalar que el legislador ha previsto que el resultado, ya sea de lesión o de peligro, se determine según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental. Lo que no puede ser interpretado en el sentido de que corresponde a una autoridad administrativa la determinación de un elemento de tanta importancia, como lo es la imputación objetiva [del resultado], sino, como señala Alcócer Povich, que se trata de una exigencia procesal que incide en la necesidad de contar con un informe de la autoridad ambiental, el mismo que será objeto de valoración de manera obligatoria, mas no vinculante por el órgano persecutor.⁴⁷

Ahondando en cuanto a la estructura del tipo penal, podemos decir que el delito de contaminación es un delito común, esto es, que puede ser cometido por cualquier persona, sin que se requiera una condición o calidad especial en el agente para ser autor del delito.

46 MUÑOZ CONDE / LÓPEZ PEREGRÍN / GARCÍA ÁLVAREZ. *Manual...* ob. cit., p. 265.

47 ALCÓCER POVIS, Eduardo. Comentario a la actual regulación de los delitos que afectan el ambiente y la ordenación del territorio. En: AA. VV. *20 años de vigencia del Código penal peruano*. Raúl Pariona (coord.). Lima, Grijley, 2012, p. 525; CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. El delito de contaminación... ob. cit., p. 154. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Los delitos... ob. cit., p. 250.



La conducta típica se traduce en una serie de comportamientos (provocar o realizar descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes), todos ellos desplegados sobre elementos u objetos con función representativa⁴⁸ (atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas) que están referenciados a un bien jurídico final o mediatamente protegido (estabilidad del ecosistema). A partir de los verbos típicos, se puede constatar que el legislador ha querido sancionar no solamente los vertidos o emisiones realizados directamente sobre los suelos, la atmósfera o las aguas, sino también los realizados o “provocados” indirectamente. En este sentido, la sustancia puede estar almacenada en un depósito apropiado para el caso, pero en condiciones poco adecuadas que implican un riesgo de contaminación por filtraciones o rotura.⁴⁹

Se trata, como venimos diciendo, de un delito de resultado, bien sea este de lesión o de peligro concreto.⁵⁰ Consecuentemente, la verificación del injusto requiere no solo la realización de la conducta típica en cualquiera de las modalidades antes reseñadas, sino también, y de modo necesario, que se cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. El delito se consuma, de esto, tanto con la lesión como con la puesta en peligro; lo que supone, esto último, un adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico. No obstante, a pesar de esta equivalencia formal —en cuanto a la consumación del delito—, deberá tenerse en cuenta el mayor grado de injusto que ostenta la lesión con respecto a la puesta en peligro (mismo desvalor de acción, pero distinto desvalor de resultado), lo que debe ser tenido en cuenta para la determinación judicial de la pena y, desde luego, de la reparación civil.

En este orden de ideas, la sola infracción de una norma administrativa no puede corresponderse con el injusto típico, pues la mera desobediencia no expresa por sí sola todo el desvalor de la acción y del resultado que fundamenta materialmente el injusto de un delito de contaminación ambiental. Así pues, el mero incumplimiento de normas ambientales, solo dará lugar a la aplicación de sanciones administrativas, mas no a la imposición de sanciones penales. En atención a la *accesoriedad de norma* se exigirá, ciertamente, la infracción de las leyes de la materia, pero este constituirá un requisito necesario, mas no suficiente para configurar el tipo penal. Como venimos diciendo, este delito requiere un resultado, sea este de lesión o de peligro concreto. La exigencia de lesión o peligro concreto [afectación desde el punto de vista normativo] no ha de acaecer sobre el bien jurídico final (estabilidad del ecosistema), sino sobre aquellos objetos que asumen la función representativa del bien jurídico (v. gr. atmósfera, el suelo, el subsuelo, etc.).

Ahora bien, nuestros reparos a la fórmula del peligro abstracto en el delito de contaminación se fundan en una interpretación teleológica respetuosa, además, de los principios de subsidiariedad, lesividad y proporcionalidad. Si se prevé un mismo marco penal para una conducta que supone un menoscabo efectivo o una puesta en peligro al bien jurídico, como

48 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima, Jurista Editores, 2006, pp. 150-151.

49 MUÑOZ CONDE / LÓPEZ PEREGRÍN / GARCÍA ÁLVAREZ. *Manual...* ob. cit., p. 260.

50 Como señala ALCÓCER POVIS, “En el marco del principio de lesividad, la actual disposición normativa consagra un tipo de peligro concreto y de lesión. Se prevé que mediante los actos de “provocar o realizar” el agente cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o a sus componentes, a la calidad ambiental o a la salud ambiental”, vid. ALCÓCER POVIS, Eduardo. *Comentario...* ob. cit., p. 525. De igual forma, vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, “se conserva a mi entender la misma estructura típica en cuanto a la lesividad de la agresión al ambiente y sus componentes (...) se sigue hablando tanto en una “nueva” como en la “antigua” versión del artículo 304° de un delito de peligro concreto (puedan causar) como de un delito de lesión (causen)”, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Los delitos ambientales en el Código Penal peruano a través de la reforma legal N° 29263*. En: Caro Coria y Reyna Alfaro (coords.). *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*. Lima, Jurista Editores, 2013, p. 249.



mínimo habrá de exigirse que esta última se trate de un peligro concreto. Esto, además, abonaría en cuanto al mayor desvalor del injusto con respecto a una infracción administrativa. Por lo demás, la interposición de elementos con función representativa [que ostentan un mayor grado de determinación] parece enervar la necesidad de recurrir a la fórmula del peligro abstracto; la misma que, según se vio anteriormente, debe ser de uso excepcional.

Consecuentemente, y de manera contraria a lo resuelto en la Casación N° 383-2012 La Libertad,⁵¹ no parece admisible que una de las modalidades o verbos típicos del delito de contaminación previsto en el artículo 304 CP —ni en la versión anterior a la Ley 29263, tomada en cuenta por la Sala, ni en su texto vigente— sea la mera desobediencia o infracción de normas administrativas, pues esto, además de vulnerar los principios de ofensividad y de mínima intervención (derecho penal entendido como última ratio encaminada a la protección subsidiaria de bienes jurídicos), constituiría una vulneración del principio de legalidad⁵². Los verbos típicos, en puridad, giran alrededor de conductas como las de provocar o realizar vertidos, descargas, emisiones o filtraciones, pero en ningún caso infringir normas.⁵³

También discrepamos de la Sentencia Casatoria antes referida cuando reconoce una modalidad omisiva en el delito de contaminación. El no haber implementado un *Plan de Cierre de Pasivos Ambientales* no es de por sí suficiente para imputar un delito de contaminación ambiental; mucho menos cuando se alude ya no a la inobservancia de una norma administrativa o de Derecho Ambiental, sino al incumplimiento de obligaciones surgidas de un contrato privado (v. gr. los contratos de Transferencia de Derechos Mineros de 30/12/2005 y de Transferencia de terrenos superficiales y derechos mineros de 6/8/2006, celebrados entre Corporación Minera San Manuel S. A. y la compañía Minera Sayapullo S.A.).

No se discute aquí que dichos contratos constituyan fuente de algunas obligaciones [incluso de carácter administrativo-ambiental⁵⁴]; tampoco se cuestiona que dichas obligaciones puedan formar parte del *Informe Técnico Fundamentado* elaborado por la autoridad ambiental competente a requerimiento del Ministerio Público⁵⁵; pero la responsabilidad penal por un delito

51 Sentencia casatoria que ya fue objeto de comentario en ORE SOSA, Eduardo. Delito de contaminación: ¿Entre la omisión y el delito permanente? A propósito de la Casación N° 383-2012 La Libertad. En: *Boletín. Estudio Oré Guardia*, N° 44 (2014), www.oreguardia.com.pe; también se encuentra en *Derecho Penal* (sitio web dirigido por el Prof. Hurtado Pozo), en el siguiente enlace: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140708_01.pdf

52 Esto porque el contenido de la prohibición ya no estaría en la ley penal, sino en una norma administrativa; vid. VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Grijley, 2006, p. 138: “la prohibición penal se debe hallar concretada en la ley, las normas complementarias sólo buscarán señalar circunstancias o condiciones que tengan aspectos meramente complementarios, pero nunca podrán definir la prohibición misma”; HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Lima, Grijley, 2005, 3° ed., p. 159: “Mediante la norma reglamentaria, se procede en realidad a una interpretación de la norma reglamentada, con el objeto de precisarla o aclararla. Sin embargo, este tipo de proceder parodia a la llamada interpretación auténtica, la que es sólo de la competencia del Poder Legislativo y no de una autoridad administrativa sin capacidad de legislar. Por lo que se trata de un atentado contra el principio de legalidad, puesto que produce incertidumbre y no ofrece la garantía que éste debe brindar”. Creemos que incluso bajo la consideración de la *teoría de la concreción*, se estaría vulnerado el principio de legalidad, pues sería la norma administrativa la que determinaría el contenido material del injusto o la que especificaría la conducta prohibida penalmente, vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Jurista Editores, 2012, 2° ed., pp. 151-152.

53 Lo que hasta parecería redundante, pues la realización de estos vertidos debe realizarse, justamente, en infracción de las leyes y demás normas de la materia.

54 Según el art. 4 de la Ley 28271, “El Ministerio de Energía y Minas a través de su órgano técnico competente identificará a los responsables de las operaciones mineras que abandonaron depósitos de residuos, labores o instalaciones mineras, generando pasivos ambientales en sus diversas modalidades. **También identificará a los titulares de la concesión minera inactivos que mantienen el derecho de concesión y vigencia minera hasta la actualidad y arrastran pasivos ambientales**”. [Subrayado nuestro].

55 Según CALDERÓN VALVERDE, la información contenida en el Informe Técnico Fundamentado, en especial, la que hace referencia a la identificación de las obligaciones ambientales de los administrados



de contaminación no aparece desde el momento en que dichas obligaciones son exigibles, sino desde el momento en que se realizan vertidos en las condiciones que exige expresamente el tipo penal. La infracción de las normas de protección del medio ambiente no entraña, por tanto, la realización misma de la conducta típica; no supone, en otras palabras, la creación de un riesgo típico, sino que aporta a la valoración del carácter prohibido o permitido del riesgo creado. Mal haríamos, pues, en subsumir el incumplimiento de la obligación de implementar un Plan de Cierre de Pasivos Ambientales en una inexistente modalidad omisiva del delito de contaminación. Se ha de atender siempre, al menos para la imputación de un delito de contaminación ambiental, a la realización [según el tipo penal vigente, también a la provocación] de vertidos. Si no se verifican estos, las infracciones serán solventadas en el ámbito administrativo a través de las multas correspondientes.

Esto, desde luego, no obsta a que el delito de contaminación pueda, en algunos casos, configurarse de manera omisiva. En efecto, la imputación de este delito puede dirigirse contra aquel que realiza materialmente los vertidos (forma comisiva), pero también contra aquel que estando obligado y en la posibilidad de impedirlo [la realización de vertidos], deja de hacerlo (forma omisiva).

En el aspecto subjetivo, se ha de considerar, en primer lugar, la imputación a título de dolo. Este supone, como se sabe, el conocimiento sobre la creación de un riesgo prohibido; específicamente, se ha de imputar el conocimiento de los elementos descritos en el tipo penal: la realización de cualquiera de las modalidades típicas, la infracción de las leyes y límites máximos permisibles, y el peligro creado.⁵⁶ El desconocimiento o error sobre alguno de estos elementos⁵⁷ difícilmente conducirá a una conducta penalmente irrelevante, toda vez que pueden ser reconducidos –a través del error de tipo vencible– a la forma culposa de comisión reconocida por el legislador de manera expresa en el último párrafo del artículo 304 CP.

Estando ante un tipo penal en blanco, podríamos finalmente preguntarnos sobre los efectos de la modificación de la norma extrapenal en relación con la aplicación temporal la ley penal. Para un sector de la doctrina, la modificación de la norma extrapenal que dé lugar a una ley penal más favorable, será de aplicación retroactiva. Otro sector postula, más bien, una tesis diferenciadora, la que se hace residir en un juicio teleológico sobre el cambio normativo: si este comporta un cambio en la valoración jurídica de la conducta, se aplicará retroactivamente (siempre que sea más favorable); si dicha modificación atiende a un cambio en las

involucrados en la investigación penal es importante a efectos de establecer “Si el sujeto investigado viene cumpliendo o no con los compromisos que asumió ante el Ministerio de Energía y Minas al momento de obtener su instrumento ambiental, sea este el Estudio de Impacto Ambiental o la Declaración de Impacto Ambiental, así como ante las demás entidades que le dan viabilidad a un proyecto minero”, vid. CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. Implicancias penales a propósito del Decreto Supremo N° 009-2013-Minam. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 52 (2013), p. 172. En otra publicación, el mismo autor sostiene que el informe técnico constituye una simple opinión ilustrativa, no tiene el valor de prueba plena, ni supone una “calificación reglamentaria”; el informe técnico debe ser valorado, así pues, como una prueba pericial susceptible de ser cuestionada y rebatida por las partes, vid. CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. El delito de contaminación del ambiente (artículo 304 del Código Penal). En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 55 (2014), p. 154.

56 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos...* ob. cit., p. 89.

57 A este respecto, Silva Sánchez señala que el error sobre normas extrapenales integrantes de los tipos penales pueden tener una doble configuración: puede ser un error sobre los presupuestos de hecho de la norma extrapenal infringida (v. gr. el que ignora el grado de concentración de determinadas sustancias tóxicas en el vertido que realiza); o un error sobre el propio alcance de la norma extrapenal (el que conoce el grado de concentración en el vertido que realiza, pero ignora que la normativa administrativa prohíbe tal concentración); para este autor, ambos supuestos constituyen casos de error de tipo, vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos...* ob. cit., pp. 89-91.



circunstancias fácticas, se entenderá que no ha habido un cambio en la valoración jurídica de la conducta y, por tanto, no será posible aplicar la norma posterior aun sea esta más favorable.⁵⁸

En el caso que nos ocupa, la modificación *–favor rei–* de los límites máximos permisibles o de la normativa ambiental será de aplicación retroactiva cuando importe un cambio en la valoración del injusto; por ejemplo, cuando el incremento del nivel de lo tolerado obedece a nuevas evidencias sobre la correlación entre la entidad de los vertidos y el riesgo creado, o *–si bien más dudosamente–* cuando se hace con el fin de fomentar las inversiones o por considerar no ajustadas a nuestra realidad los estándares adoptados. Por el contrario, una mejora en las condiciones atmosféricas (circunstancia fáctica) que genere una modificación de los límites máximos permisibles para la emisión de ciertos gases, entendemos, no podrá conducir a una aplicación retroactiva favorable.⁵⁹

V. Delito de minería ilegal

Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

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

En principio, parecería necesario establecer la diferencia entre este delito y el fenómeno de la minería informal. De hecho, representantes del Ejecutivo no han perdido la oportunidad

58 Que un determinado tipo de billete, como señala Luzón Peña, deje de ser moneda legal por un cambio normativo, no deja impunes los actos de falsificación de moneda realizados, sobre los referidos billetes, con anterioridad a la norma que los sacó de circulación, vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General. I*, Madrid, Universitas, 2002, p. 192; en el mismo sentido, MUÑOZ CONDE / LÓPEZ PEREGRÍN / GARCÍA ÁLVAREZ. *Manual...* ob. cit., pp. 93-94.

59 Como señala Silva Sánchez: "Piénsese, por ejemplo, en una industria cuyas emanaciones de anhídrido sulfuroso son de 10.000 mg/Nm³, en un momento en que la normativa administrativa medioambiental ha situado el máximo tolerado en 9.000, por lo que, dándose los demás requisitos, realiza el tipo del art. 347 bis, siendo incluso condenada por el referido delito. Pasan los años y una mejora de la situación medioambiental permite a la administración situar el máximo de emanación tolerada en 12.500 mg de anhídrido sulfuroso. ¿Tiene realmente sentido que se le aplique retroactivamente al sujeto la nueva configuración del art. 347 bis y que, por tanto, quede en libertad? Otro ejemplo: Un sujeto que circula a 70 Km por hora por un tramo de carretera estrecho y con firme en mal estado, en el que está establecida una limitación de velocidad a 60 Km/h, provoca un accidente, siendo sancionado por imprudencia simple con infracción de reglamentos. Posteriormente, ese tramo de carretera se asfalta y ensancha, fijándose un límite de velocidad de 80 Km/h. ¿Habrà que aplicar retroactivamente esa modificación de la normativa extrapenal de modo que quien fue sancionado por imprudencia simple con infracción de reglamentos lo sea ahora sólo por imprudencia simple? A mi juicio, la respuesta ha de ser en ambos casos negativa, pues, pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un individuo que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo (por la especial contaminación ambiental o el mal estado de la carretera), realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar.", vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las "Leyes en Blanco". En: *Estudios penales y criminológicos*, N° 16 (1992-1993), pp. 451-452.



para enfatizar que ambos conceptos son distintos. Por minería informal, a partir de lo previsto por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1105, debería entenderse la actividad realizada en zonas no prohibidas para la minería por pequeños productores mineros o productores mineros artesanales que usan equipo o maquinaria que no son característicos de la actividad, o sin cumplir con las distintas normas que rigen dichas actividades; y que iniciaron un proceso de formalización. Este concepto de minería informal no difiere mucho del concepto de minería ilegal, pues, según el mismo Decreto Legislativo, los elementos diferenciadores serían solo dos: por un lado, los mineros ilegales generalmente realizan sus actividades en zonas prohibidas para su ejercicio; y, por otro, no han iniciado un proceso de formalización.

A pesar de estas diferencias⁶⁰, lo cierto es que el tipo penal previsto en el artículo 307-A del Código Penal parecería corresponderse sin mayores problemas con ambos conceptos, esto es, el delito de minería ilegal podría subsumir tanto los supuestos de minería ilegal como informal. Esto, porque la estructura típica comprende la realización de conductas propias de la actividad minera (exploración, extracción, explotación u otros actos similares), sin contar con la autorización administrativa correspondiente (un supuesto de accesoriedad de acto, según señalábamos anteriormente), y que afecte (mediante lesión o peligro) al medio ambiente, sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si la descripción típica no hace mención al lugar en el que debe desplegarse la actividad ilícita, no puede exigirse –para configurar el delito de minería ilegal en su forma básica– que las conductas de exploración o explotación se realicen en zonas no permitidas para el desarrollo de esta actividad. Lo que se ve confirmado por el hecho de que esta circunstancia, más bien, ha sido prevista por el legislador dentro de las formas agravadas del artículo 307-B del Código Penal.

Por otro lado, el inicio de un proceso de formalización no necesariamente parece colocar a pequeños productores mineros o mineros artesanales dentro del ámbito del riesgo permitido, más aún si el artículo 10 del Decreto Legislativo 1105 dispone que para iniciar o reiniciar actividades de exploración o explotación, así como beneficiar minerales “se requiere la autorización del Gobierno Regional correspondiente”. Esta autorización, cabe señalar, debe ser emitida previa opinión favorable del Ministerio de Energía y Minas, amén de otros requisitos.

Asimismo, pareciera existir cierta redundancia entre los verbos típicos previstos por el legislador penal, específicamente, entre las conductas de explotar y extraer, al menos si se atiende a la definición de explotación en el artículo 8 de la Ley General de Minería: “es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento”. Este mismo artículo define la exploración como la actividad minera tendiente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales.

Entre las modalidades típicas, se habrá podido advertir que el legislador no ha querido cerrar la posibilidad de incluir comportamientos afines a la exploración y explotación; con lo cual, extiende el ámbito de lo penalmente relevante a otros actos similares. Y así, por ejemplo, podemos incluir la actividad de beneficio, definido como “el conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químico que se realizan para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado de minerales y/o para purificar, fundir o refinar metales”; comprende las etapas de preparación mecánica, metalurgia y refinación (artículo 17 de la Ley General de Minería).

60 Si bien resulta interesante la propuesta de diferenciar minería ilegal e informal en atención a la naturaleza o dimensión en que esta se desarrolla [“dimensión empresarial”, en el caso de la minería ilegal; “con fines de subsistencia”, en el caso de la minería informal, vid. CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. Apuntes sobre el delito de minería ilegal en el Perú a poco más de un año desde su tipificación. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n° 49 (2013), p. 159], lo cierto es que eso no se desprende precisamente de las normas administrativas comentadas.



Desde luego, para que se configure el delito deben concurrir los demás elementos del tipo: la falta de autorización y la afectación –lesión o puesta en peligro concreto– del bien jurídico protegido. Esto abona en la consideración de que no estamos ante un delito de mera desobediencia o de mera actividad; se exige, así pues, un resultado, sea este de lesión o de peligro. De otro modo, serían vanos los esfuerzos por hallar diferencias entre la infracción administrativa y el injusto penal.

En cuanto al aspecto subjetivo, se reconocen tanto la forma dolosa como culposa de comisión. Tratándose de actividades mineras, consideramos difícil que pueda plantearse, exitosamente, un desconocimiento en cuanto a la necesidad de contar con una autorización para llevar a cabo operaciones de explotación o exploración; se trata de algo que parece accesible, incluso, para cualquier profano en la materia. Estos son conocimientos que pueden ser imputados a todo aquel que realice dicha actividad productiva, incluso a pequeños productores mineros y mineros artesanales, que no tendrían por qué ser subestimados en cuanto a la posibilidad de conocimiento de las normas básicas de convivencia y, específicamente, a las de su propia actividad.

Lo anterior no impide la posibilidad de plantear, en teoría, supuestos de error, dada la profusa y cambiante normativa de la materia. En caso extremo, podría ser el caso de quien considere que un título de concesión minera lo habilita de por sí para realizar actividades de explotación; no obstante, y más allá de que la ley lo desmienta (artículo 6 del Decreto Legislativo 1105), lo cierto es que, en el peor de los casos, esto no nos llevaría a un error de tipo invencible, sino vencible; con lo cual, en concordancia con el artículo 14 CP, el hecho podría ser reconducido al delito de minería ilegal en su forma culposa previsto en el segundo párrafo del artículo 307-A.

Ahora bien, las agravantes son circunstancias que incrementan el desvalor del injusto o la culpabilidad, lo que se refleja en el incremento del marco penal con respecto al previsto para el tipo básico. El artículo 307-B del Código penal determina cuáles son las circunstancias agravantes del delito de minería ilegal; estas encuentran fundamento en el peligro especial que representa el *medio empleado* –en la comisión del delito– para el bien jurídico protegido o para otros intereses dignos de protección (v. gr. dragas, artefactos u otros instrumentos similares; objetos o instrumentos capaces de poner en peligro la vida, salud y patrimonio de las personas). También se atiende al lugar donde se realiza la conducta (en zonas no permitidas para el desarrollo de actividades mineras; o en áreas naturales protegidas, en tierras de comunidades nativas, etc.) o al hecho de valerse de menores de edad u otra persona inimputable para la comisión del delito.

Como cualquier delito, el delito de minería ilegal admite formas de participación. No obstante, es de tener en cuenta que los actos de financiamiento, una forma de cooperación o complicidad, cobran autonomía en el artículo 307-C del Código Penal. De esto, el hecho de proveer o suministrar fondos para la perpetración de la minería ilegal será imputado no a título de complicidad, sino de autoría, esto es, como autor del delito de financiamiento previsto en el artículo 307-C. No obstante, estando materialmente ante una cooperación en un delito ajeno, entendemos que no podrá imputarse el delito de financiamiento a quien, a la vez, sea autor del delito de minería ilegal (salvo que se financie la actividad ilegal de terceros).

Desde luego, no cabe esperar que el agente colabore entusiastamente con las autoridades encargadas de la fiscalización de actividades mineras ilegales. En tal caso, el legislador ha considerado insuficiente la existencia del delito de violencia y resistencia a la autoridad del artículo 365 del Código Penal; con lo cual, sanciona, en el artículo 307-D, a aquel que obstaculiza o impide la actividad de evaluación, control y fiscalización de la autoridad administrativa relacionada con la minería ilegal. A diferencia de aquel delito contra la administración pública, como es fácil de apreciar, esta figura no exige el empleo de violencia o amenaza. Con lo cual, actos tan simples como no permitir el ingreso al lugar donde se desarrolla



la actividad o no mostrar la documentación requerida a la autoridad correspondiente podrían, eventualmente, configurar el delito de obstaculización de la fiscalización administrativa. No obstante, cabe enfatizar que las conductas descritas, para la configuración del tipo penal, *deben guardar relación con actos de minería ilegal*.

Ciertamente, estamos ante delitos muy recurrentes, de no escasa trascendencia y con pena mínima superior a los dos años, lo que haría inviable, de entrada, la aplicación del principio de oportunidad⁶¹. Sin embargo, con el fin de crear incentivos al proceso de formalización, se faculta al representante del Ministerio Público para que se abstenga de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de un delito de minería ilegal suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta⁶².

61 Este principio, a decir de Oré Guardia, “es un criterio de oportunidad en virtud al cual se faculta al fiscal abstenerse discrecionalmente de incoar o desistir de continuar con el proceso penal; el fiscal tiene la facultad de abstenerse por razones político-criminales que responden al criterio de falta de necesidad de proceso y de pena, pues, pese a que el imputado admite su responsabilidad, el Estado le otorga al fiscal la potestad de abstenerse de ejercer la acción penal”, vid. ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual. Derecho Procesal Penal*. Lima, Reforma, 2011, p. 393.

62 Esto según el artículo 2 del Código Procesal Penal, modificado por el artículo tercero del Decreto Legislativo 1102.