



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**EL ROL DE LA OEFA Y SU EFECTIVIDAD PARA
ASEGURAR EL DERECHO A VIVIR EN UN
AMBIENTE SANO EN EL AÑO 2015.**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor (es)

LOPEZ QUISPE, Melissa

Asesor:

Dra. UCHOFEN URBINA Ángela Katherine

Línea de Investigación:

DERECHO PRIVADO

Pimentel – Perú

2018

DEDICATORIA

*A Dios por haberme permitido llegar hasta este punto
y haberme dado salud para lograr cada uno de mis
objetivos, además de su infinito amor.*

La Autora

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, debo agradecer a Dios, por haberme permitido la realización de esta investigación, la cual significa la acumulación de una de mis metas personales. Por esa razón mi agradecimiento a todas las personas que han colaborado para cumplir con mis objetivos, en especial a mis asesores por la indicación firme.

La Autora

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	9
Y desarrollando sus objetivos específicos en buscar que:	12
II. MARCO REFERENCIAL	13
2.1. Antecedentes de la investigación	13
2.2. Teorías relacionadas al tema de investigación	19
2.2.1. El rol de la OEFA en la Legislación peruana	19
2.2.1.1. Antecedentes	19
2.2.1.2. Aspectos conceptuales	23
2.2.1.3. Las funciones desarrolladas en la OEFA.	23
2.2.2. La gestión Ambiental en el Perú.	26
2.2.3. El delito de contaminación del ambiente	27
2.2.4. Alcances normativos	30
2.2.5. Responsabilidad propiamente ambiental	36
2.2.6. La ley penal en blanco en los delitos contra el medio ambiente	37
2.2.7. Casos prácticos	40
2.2.7.1. Perjuicio, alteración o daño en la estabilidad de los ecosistemas	41
2.2.8. Los delitos ambientales en la legislación peruana	44
2.2.8.1. La gravedad de los ilícitos ambientales, según la calificación reglamentaria.	44
2.2.9. Marco jurídico de la gestión ambiental	46
2.2.10. Concepto de gestión ambiental	46
2.2.11. El trípode de la gestión ambiental	48
2.2.12. Sobre el proceso peruano	50
2.2.13. Alcances del dispositivo	52
2.2.14. Administración de justicia y gestión ambiental	54
2.3. Principios relacionados con el tema	74

2.4.	Conceptos relacionado con el tema	75
III.	METODOS	76
3.1.	Tipo y diseño de la investigación	76
3.1.1.	Tipo de investigación	76
3.1.2.	Diseño de la investigación	76
3.2.	Variables, Operacionalización	76
3.3.	Población y muestra	78
3.3.1.	Población:	78
3.3.2.	Muestra:	78
3.4.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.	80
	Técnicas	80
	Instrumentos	80
	El fichaje	80
	Fichas textuales y resumen para el recojo de información a las fuentes de información para el marco teórico.	80
	Encuesta	80
	Ficha de encuesta tipo cuestionario se aplicó a abogados y personal de la OEFA.	80
3.5.	Métodos de análisis de datos	80
3.5.1.	Trabajo de campo	80
3.5.2.	Trabajo de gabinete	80
3.6.	Aspectos éticos	81
	RESULTADOS EN FUNCION AL ROL DE LA OEFA Y SU EFECTIVIDAD PARA ASEGURAR EL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO EN EL AÑO 2015.	82
V.	DISCUSIÓN	91
VI.	CONCLUSIONES	95

VII. RECOMENDACIONES	97
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	99
ANEXOS	101

**EL ROL DE LA OEFA Y SU EFECTIVIDAD PARA ASEGURAR EL DERECHO
A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO EN EL AÑO 2015.**

**THE ROLE OF THE OEFA AND ITS EFFECTIVENESS TO ENSURE THE
RIGHT TO LIVE IN A HEALTHY ENVIRONMENT IN 2015**

Lopez Quispe Melissa¹

Resumen

El Organismo encargado de la fiscalización ambiental y de cerciorar de manera apropiado el equilibrio de la inversión privada de las actividades económicas y la protección ambiental es la OEFA (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental), es público y adscrito al Ministerio del Ambiente, llegando a ser el ente Rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

El principio de desarrollo sostenible, además de ser piedra angular del marco normativo ambiental en nuestro país el cual aún se encuentra dentro de aquellos que están en vías de desarrollo, ha sido fundamento sustancial para ir generando lineamientos en lo que a políticas ambientales respecta. Se ha dispuesto en el art. 67 de la Const.

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

Palabras clave: OEFA, medio ambiente, ecosistema.

¹ Adscrito a la Escuela Académica De Derecho Pregrado, Universidad Señor de Sipán, Pimentel, Perú, email: <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox>

Abstrac

The Agency in charge of the environmental control and to ensure in an appropriate way the equilibrium of the private investment of the economic activities and the environmental protection is the OEFA (Agency of Evaluation and Environmental Inspection), it is public and assigned to the Ministry of the Environment, reaching be the Rector of the National System of Environmental Assessment and Control

The principle of sustainable development, in addition to being a cornerstone of the environmental regulatory framework in our country which is still within those that are in the process of development, has been a substantial foundation to generate guidelines regarding environmental policies. It has been arranged in art. 67 of the Constitution

The environmental management instrument, EIA, contains environmental commitments such as, for example, the treatment of effluents, discharges, etc., compensation or mitigation of negative impacts on the environment caused by the activity or project and it is through these studies or environmental management instruments that the State represented by certain authorities or agencies can monitor compliance with such commitments and thus supposedly maintain an adequate environmental policy aimed at preventing environmental damage.

I. INTRODUCCIÓN

Se puede percibir que las denuncias presentadas por los usuarios van desde incidencias domésticas a hechos que revisten gravedad para el medio ambiente; no obstante, el delito de contaminación del ambiente, denominado así por el art. 304 del CP, puede configurarse tanto en la ocurrencia de hechos realmente complejos como en otros que no revisten gran complejidad, hablando desde el punto de vista de la investigación penal, o incluso las denuncias o casos materia de investigación pueden versar sobre hechos de mucha gravedad en cuanto a daño ambiental se refiere; sin embargo, podrían no subsumirse dentro de los elementos normativos que forman parte del delito materia de análisis, teniendo en cuenta el rol de la OEFA y su efectividad para asegurar el derecho a vivir en un ambiente sano.

Esta particularidad del delito de contaminación del ambiente puede generar los más variados puntos de vista en la sociedad como, por ejemplo, que no existe una real sanción penal para quien atenta o pone en riesgo el medio ambiente o tal vez que sea excesiva la intervención penal en ciertas actividades y que bastaría con una efectiva intervención administrativa. Por otro lado y en mérito al desconocimiento del marco normativo ambiental y la política ambiental adoptada en nuestro país, muchas veces no se sabe exactamente a qué autoridad recurrir para reclamar el reconocimiento o restablecimiento del derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, considerado como bien jurídico protegido de los delitos contra el medio ambiente, o más aún cómo solicitar el resarcimiento de un daño provocado como consecuencia de la vulneración del mencionado derecho.

Abordando en la investigación el problema de investigación, justificación, objetivos y la formulación del problema, desarrollando también bases teóricas que expresan las bases doctrinales más relevantes, también se puede apreciar el aspecto metodológico, lo cual, su Operacionalización de variables y las instrumentos, técnicas y métodos, consecuentemente se aprecia los resultados de la investigación delimitados por la aplicación de la encuesta y las tabulaciones de datos delimitados en programas estadísticos y finalmente se desarrolla la discusión de la investigación que delimita el análisis de los

antecedentes y su comparación con los resultados que nos brindó nuestra investigación, así poder afianzar mejor nuestra crítica y aporte al tema, concluyendo con precisar de manera exacta nuestras conclusiones.

Cuando de manera general y ordinaria hacemos referencia a los delitos contra el medio ambiente, nos referimos a estos como delitos ambientales, atribuyendo a su contenido cualquier afectación que tenga connotación ambiental, sea cual sea su grado. Se puede percibir que las denuncias presentadas por los usuarios van desde incidencias domésticas a hechos que revisten gravedad para el medio ambiente; no obstante, el delito de contaminación del ambiente, denominado así por el art. 304 del CP, puede configurarse tanto en la ocurrencia de hechos realmente complejos como en otros que no revisten gran complejidad, hablando desde el punto de vista de la investigación penal, o incluso las denuncias o casos materia de investigación pueden versar sobre hechos de mucha gravedad en cuanto a daño ambiental se refiere; sin embargo, podrían no subsumirse dentro de los elementos normativos que forman parte del delito materia de análisis, teniendo en cuenta el rol de la OEFA y su efectividad para asegurar el derecho a vivir en un ambiente sano.

Gonzales (2012), nos expresa que en la legislación Española, el desarrollo tecnológico ha traído consigo el aumento de actividades de riesgo para el medio ambiente, por este motivo el ordenamiento jurídico deberá velar para que los daños causados sean reparados y cuando no sea posible la indemnización de los mismos. Sistema de responsabilidad civil, que en materia ambiental deberá cumplir también una función preventiva. (p. 4)

La conservación del ambiente como principio jurídico-político rector se recoge en la Constitución Española. Concretamente, el derecho al medio ambiente tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 45, Capítulo III De los principios Rectores de la Política Social y Económica, Título I dedicado a los Derechos y Deberes Fundamentales. Al estar regulado en este capítulo no se reconoce como derecho fundamental aunque no por ello deja de ser una verdadera norma jurídica.

La STS de 18 de julio de 1994 (RJ 1994/5542) en su Fundamento de Derecho Cuarto manifiesta: (...) el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas tiene un contenido protegible y por eso los poderes públicos tienen el deber de velar por su efectivo ejercicio, a cuyo efecto deben proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente. El deterioro ambiental afecta a la calidad de la vida humana, pudiendo tener consecuencias negativas para nuestra propia salud, opinión que comparte el Tribunal Supremo, STS de 2 de febrero de 2001 (A. RJ 2001/1003)

Conforme a lo dispuesto en la Resolución Suprema N.º 121-2010-JUS, del 21 de junio del 2010, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales, es la entidad encargada de defender los derechos e intereses del Estado en las investigaciones preliminares y/o preparatorias y procesos judiciales iniciados y por iniciarse por la comisión de delitos ambientales contemplados en el Título XIII del Código Penal. Así podríamos señalar que el titular de la acción civil en los delitos de contaminación es la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales.

Teniendo como formulación del problema el: ¿El rol de la OEFA, brinda una efectividad para asegurar el Derecho a vivir en un ambiente sano?

Justificando la investigación en que es necesario, porque esta particularidad del delito de contaminación del ambiente puede generar los más variados puntos de vista en la sociedad como, por ejemplo, que no existe una real sanción penal para quien atenta o pone en riesgo el medio ambiente o tal vez que sea excesiva la intervención penal en ciertas actividades y que bastaría con una efectiva intervención administrativa. Por otro lado y en mérito al desconocimiento del marco normativo ambiental y la política ambiental adoptada en nuestro país, muchas veces no se sabe exactamente a qué autoridad recurrir para reclamar el reconocimiento o restablecimiento del derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, considerado como bien jurídico protegido de los delitos contra el medio ambiente, o más aún cómo solicitar el resarcimiento de un daño provocado como consecuencia de la vulneración del mencionado derecho.

Por lo tanto, en la medida que sepamos, ya sea como administrados o como asesores, a qué entidad recurrir o qué acción interponer en lo que al tema ambiental se refiere, podríamos obtener un resultado óptimo, obviamente siempre y cuando nuestro pedido tenga el sustento fáctico y legal que requiera el caso.

Desarrollando una hipótesis plasmada en que en el problema, se evidencian: Discrepancias teóricas y empirismos aplicativos; que están relacionadas con el art. 304 del CP, puede configurarse tanto en la ocurrencia de hechos realmente complejos como en otros que no revisten gran complejidad, hablando desde el punto de vista de la investigación penal, o incluso las denuncias o casos materia de investigación pueden versar sobre hechos de mucha gravedad en cuanto a daño ambiental se refiere; sin embargo, podrían no subsumirse dentro de los elementos normativos que forman parte del delito materia de análisis, teniendo en cuenta el rol de la OEFA y su efectividad para asegurar el derecho a vivir en un ambiente sano.

Por otro lado se puede apreciar como objetivo general el de analizar al rol de la OEFA y su efectividad para asegurar el derecho a vivir en un ambiente sano; con relatividad a un Marco referencial que integra: Planteamientos teóricos vinculados al estudio de la protección al medio ambiente, delitos de contaminación ambiental, el trabajo que desempeña la OEFA, a nivel local, regional, nacional e internacional. Mediante un análisis cuantitativo de acuerdo a su tipo, con la finalidad de identificar las causas de cada parte del problema, de esta manera se describiría si es que los organismos del estado en función su normativa aplican de manera correcta las sanción establecidas.

Y desarrollando sus objetivos específicos en buscar que:

- a. Identificar si la OEFA es cumpliendo su rol de protección al medio ambiente.
- b. Determinar los bienes jurídicos que se ven afectados en función a al daño de bien jurídico protegido en el derecho ambiental, como delitos y caracteres fragmentarios en sanción penal.

II. MARCO REFERENCIAL

2.1. Antecedentes de la investigación

Nivel internacional

Gonzales (2014), en su tesis titulada: “La reparación de los daños al ambiente en México.”, para optar el Título de Doctorado, de la Universidad de Alicante; expone su conclusión catorceava lo siguiente:

La forma que debe asumir la reparación del daño ambiental debe ser también objeto de ocupación de un régimen de responsabilidad por daños al ambiente. A respecto debe privar el principio de que la reparación IN NATURA priva sobre indemnización pecuniaria. (p.452)

Gonzales (2014), en su investigación en Chile, titulada: “Responsabilidad civil del Estado en el cuidado del medio ambiente”, se utilizó como instrumento la guía de observación y como procesamiento de datos la estadística aplicada. En esta investigación observamos que la responsabilidad es una materia que en nuestro país ha alcanzado un notable desarrollo y una gran importancia de la que carecía hace algunas décadas atrás. Nos es imperativo afirmar, que la responsabilidad es una materia que se encuentra fuertemente ligada a la idea de civilización, ya que si realizamos un pequeño análisis lógico, podremos colegir sin duda, que a mayor grado de desarrollo de una civilización, las relaciones sociales tienden a tornarse más complejas e inestables, aumentando irremediamente el número de posibilidades de que los miembros de la sociedad puedan ser objeto de alguna especie de daño.

Ortiz y Arancibia (2015), en su investigación en Chile, titulada en su artículo titulado: “El rol de la defensa en el manejo de desastres naturales y contaminación ambiental: el caso de Chile, México y España”, utilizando como instrumento la guía de observación y el análisis documental, con un análisis de datos estadísticos en sistema Excel. En esta investigación observamos que el tratamiento de los desastres naturales como una “nueva amenaza” a la

seguridad del Estado, sitúa en perspectiva la inquietud respecto a cuál será la modalidad operativa para emplear los medios de la defensa nacional ante la ocurrencia de fenómenos de este tipo, considerando que Chile es un país susceptible de ser afectado por eventos catastróficos con gran poder de devastación. Para determinar lo anterior, se analizan en perspectiva comparada los casos de Chile, México y España con el objeto de establecer las principales similitudes, diferencias y eventualmente ámbitos de perfeccionamiento para el caso chileno.

Pacheco Vargas. M. (2004), en su tesis: “*Conciencia Ecológica: Garantía de un Medioambiente Sano*”, afirma que la finalidad del presente trabajo es exponer y analizar los instrumentos jurídicos concernientes al medio ambiente y los recursos naturales, incluyendo la normativa de diferentes sistemas jurídicos de Latinoamérica y de Europa. La importancia del tema, con el propósito señalado es contribuir al conocimiento y a la puesta en práctica del derecho al medio ambiente, para formar una conciencia personal y colectiva sobre su trascendencia, más que una disposición sancionatoria se busca la exposición de casos y de la importancia que cada miembro de la sociedad adopte la conciencia ecológica que permita el cumplimiento de dicha normativa y de las declaraciones internacionales. La mayor parte de los temas de este trabajo se desarrollan en torno a instituciones del derecho ambiental: ordenamiento territorial, contaminación, áreas protegidas, recursos hídricos, conservación y desarrollo sustentable de la biodiversidad. Desde el inicio de la investigación apreciamos que resulta un ámbito extenso y general partiendo de lo que conceptuamos como biodiversidad, medio ambiente, conservación, preservación, derecho y gestión ambiental. Medio Ambiente es definido “como conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas, sociales, etc, que rodean a las personas.” Biodiversidad es la “diversidad de los seres vivos en el planeta”. Diversidad Biológica “complejidad biológica en número de especies de organismos en un ecosistema.” El resultado de nuestro análisis es la defensa al derecho fundamental del medio ambiente. ¿Por qué? Por el alarmante grado de deterioro ambiental de nuestro país. En el pasado se han realizado esfuerzos

aislados a favor del medio ambiente, pero éstos por falta de convencimiento, terminaron desconociéndose ante la indiferencia de la población. Tenemos en Lima como realidad patética, diezmando a los niños, plantas y animales el monóxido de carbono, y la basura que lanzan a las calles los pobladores. Los mercados arrojan basura a las calles, igualmente los hospitales expulsan sus residuos sin tratamiento, que luego llegan al río de donde regresan los productos marinos. Y nuestros ríos que han sido aniquilados por las industrias mineras. En conclusión: la protección del medio ambiente es fundamental para la salud de la población. Todos dependemos del entorno en el que vivimos. ¿Cómo ejercer la defensa? : A través de leyes, difusión de Política Gubernamental, con énfasis en la educación, para formar conciencia nacional y en dicho contexto la especialidad del profesional del derecho que internalice la problemática ambiental y coadyuve con su formación jurídica en la elaboración de los dispositivos legales y reglamentos para la estabilidad del ambiente.

Zeballos Velarde. M. (2005), en su investigación *“Impacto de un proyecto de educación ambiental en estudiantes de un colegio en una zona marginal de lima”*, nos establece que la ética de la sostenibilidad como lo señala Susana Calvo (Calvo, 1997) tiene que implicar todos los aspectos de la vida, la sostenibilidad es un criterio valorativo para cualquier realidad: las compras cotidianas, el uso de algún medio de transporte, la sexualidad, etc. Es muy importante que todo aquel que está implicado en un proceso educativo divulgue los elementos de una ética mundial para vivir de un modo sostenible. Según estos elementos mencionados en el informe “Cuidar la Tierra” de la UNESCO (UICN: 1991) todos los seres humanos tienen los mismos derechos fundamentales. Un individuo, comunidad o nación no tiene derecho a privar a otra de sus medios de subsistencia. (Calvo, 1997:51). Si no tomamos en cuenta este principio ético, estamos poniendo en peligro el futuro de la humanidad. Se intensifican las calamidades, conflictos y pobreza, como ya podemos apreciar en las circunstancias climáticas actuales del mundo. Los principios éticos nos permitirán resolver los problemas planetarios con una escala global.

Teniendo como conclusión la Gestión del Proyecto de Educación ambiental ha logrado un impacto positivo y consistente en el cuidado del ambiente y el aprecio por las plantas y las áreas verdes en general de los estudiantes del Colegio, lo que redonda definitivamente en un impacto ecológico en la zona debido a la actitud generada de aprecio por el cultivo y respeto a las plantas y áreas verdes.

Martínez (2012), en su investigación en Medellín – Colombia, titulada: “Desarrollo de la gestión del riesgo por fenómenos de origen natural y antrópico en el municipio de Medellín durante el periodo 2010 – 2011”, se utilizó como instrumento una investigación documental a partir de la cual se recupera reflexivamente el conocimiento acumulado sobre la Gestión del Riesgo definida “como Aplicación de medidas de planeación, organización, reglamentación y de intervención física y social, orientadas a impedir o reducir los efectos de fenómenos peligrosos sobre la población, los bienes, servicios y el ambiente; con la participación activa de las diferentes instancias del estado y la comunidad, verificando su incorporación en la cultura y sus efectos dentro del proceso de desarrollo económico y social”. En esta investigación observamos que aunque es importante el reconocimiento del impacto que los desastres ha alcanzado, que las medidas mundiales de prevención y mitigación son indispensables, igualmente el reconocimiento de que estos desastres han crecido tanto en amplitud y en frecuencia que representan una gran responsabilidad para la comunidad mundial.

Vidal (2013) en su tesis titulada: “La Responsabilidad Civil por daño ambiental en el Sistema Peruano”, para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; expone en su conclusión tercera lo siguiente:

La Ley General del Ambiente presenta una inadecuada sistematización de la responsabilidad civil ambiental, en consecuencia deviene en ser ambiguo, impreciso y poco acertado, lo cual genera una incertidumbre al momento de invocar y administrar justicia ambiental. (p. 297)

DINAPRE (2016)—en su artículo titulado: “Manual básico para la estimación del riesgo Lima”); expone en su conclusión lo siguiente:

Las relaciones entre desastre y ambiente son de los más variadas y complejas y conllevan a la necesaria integración de diversos enfoques, a fin de lograr una adecuada comprensión y actuación social frente a ellos. En el plano internacional, el tema concita el interés de las Naciones Unidas, entre otras entidades globales o regionales, al igual que en lo nacional. (p. 19)

Musso (2016), en su boletín del IDEA PUCP: “Los delitos ambientales pueden ser considerados de tres tipos: los propiamente producidos por distintos componentes de la naturaleza y que se explican por las propias dinámicas que se suceden en las interrelaciones físicas de sus elementos”); expone en su conclusión lo siguiente:

Los terremotos, los huracanes, los tsunamis, las precipitaciones, las erupciones, las sequías, las inundaciones, los aluviones, etc. Son, entre otras, las expresiones más comunes que como desastres naturales se suceden en muchos de los rincones del mundo. Hay un segundo tipo de desastres, los propiamente artificiales producidos por la mano del hombre y que se explican por las dinámicas políticas, sociales y económicas que se suceden en las interrelaciones de sus obras. Chernovyl en usinas atómicas, Bhopal en industrias químicas, Anchorage en el transporte petrolero, Sahel en hambrunas, etc. Las hay de muchos tipos y las fronteras no las pueden detener. Finalmente, hay un tercer tipo de desastres, que son una combinación de los dos tipos anteriores, y que cuando se suceden conllevan perversos efectos en el incremento de sus magnitudes. Esto se está evidenciando como consecuencia del supuesto desarrollo, progreso y bienestar. Los huracanes en el golfo y el cambio climático, Nueva Orleans y la rotura de diques causados por el huracán, California e Indonesia y los incendios forestales, la avalancha de Maracaibo, etc.. En estos últimos, las causas suelen estar en lugares

distintos de a donde se sufren los efectos. Las preguntas de fondo están dadas, por ejemplo, en ¿cuán responsable es el progreso de una parte de la humanidad, frente a los actuales daños sucedidos por los desastres?, ¿Es posible el progreso, desarrollo y bienestar de espaldas al ambiente local o global?” (p. 2)

Castro (2017) en su artículo titulado: “Alternativas para la gestión del control de las construcciones estatales”, expone lo siguiente:

Si bien el Estado tiene mecanismos que pueden permitir asegurar un estándar de calidad en la ejecución de obras públicas, hasta el momento estos mecanismos existentes no han garantizado que en la totalidad de obras públicas se cumpla con lo previsto en el expediente técnico, particularmente con lo que respecta a la calidad del uso de los materiales de construcción.

Rodríguez (2017), en su artículo titulado: “Rol de las municipalidades en el proceso de la rehabilitación y reconstrucción del país en el marco de la ley n.º 30556”, expone lo siguiente:

Habiendo concluido los lamentables sucesos de los desastres naturales que azotó parte de nuestro país, especialmente la zona del norte, corresponde al Estado, en su conjunto y con el apoyo de toda la ciudadanía y organizaciones privadas, llevar a cabo la rehabilitación y reconstrucción en los lugares afectados. En el presente artículo, se comenta sobre la Ley N.º 30556, denominada de reconstrucción, y en donde se aborda el rol clave que habrá de corresponder a las municipalidades en el citado proceso.

2.2. Teorías relacionadas al tema de investigación

2.2.1. El rol de la OEFA en la Legislación peruana

2.2.1.1. Antecedentes

Nivel Internacional

Colombia.-

Ricardo Ramírez (2015), afirma que Colombia es uno de los países del mundo que posee mayor riqueza en biodiversidad por la abundancia de bosques y la presencia de numerosos ríos en su territorio, además de otros factores. A nivel mundial, el país ocupa el segundo lugar en mega biodiversidad, es decir, que alberga tanto la más diversa como la mayor cantidad de especies de fauna y flora del planeta en la extensión de su territorio. Fundamentando que como eje principal propone nuevos parámetros ecológicos dentro del sistema normativo y la protección al derecho ambiente y derecho a una vida saludable. Fundamentando que en las últimas décadas, esta importante riqueza natural ha disminuido notoriamente debido a múltiples causal que han incidido negativamente en la conservación de sus bosques, selvas, flora, fauna, y recursos hídricos e incluso amenazan con destrucción y daños irreparables a las áreas naturales protegidas por el Estado.

Por otro lado la situación de grave riesgo ambiental que actualmente enfrenta nuestro país se debe a una conjugación de variables, todas ellas antropogénicas o generadas por la acción humana, que involucran causales de orden político, económico y social.

Por otro lado en Colombia, la estrategia de desarrollo en la segunda mitad del siglo XX y hasta la década de los noventa, se caracterizó por una política proteccionista, para favorecer el desarrollo industrial nacional. En general, se impulsó el modelo de sustitución de importaciones en combinación con la promoción de exportaciones. A partir de 1990, el país se insertó en la propuesta de globalización promovida por los países de mayor desarrollo tecnológico y concentración de capital. Estos dos tipos de modelos (proteccionismo y globalización) han determinado la forma como ha evolucionado la industria, el

comercio y la agricultura colombiana y su interrelación con los recursos naturales y el medio ambiente. (Sánchez Pérez, 2004: 3)

Para la protección del ambiente, Colombia cuenta con una legislación que se ha desarrollado y complementado ampliamente en las últimas tres décadas. Las primeras leyes de defensa ambiental fueron promulgadas por el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INDERENA), mediante el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto Ley 2811 de 1974). Luego en 1991, como resultado de la nueva constitución política, se reestructuro la protección medioambiental elevándola a la categoría de “derecho colectivo” y fijando para su custodia mecanismos de conservación que involucran tanto a l Estado como a la ciudadanía en general, especialmente a las comunidades con tradición en el cuidado de la naturaleza, como las indígenas y afrodescendientes.

En desarrollo de los nuevos principios constitucionales y de acuerdo con la declaración emanada de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Rio de Janeiro 1992), se expidió la ley 99 de 1993 que organizo el Sistema Nacional Ambiental (SINA) o conjunto de orientaciones, actividades, normas, programas e instituciones con la intención de unificar criterios en el manejo ambiental, y para supervisar y coordinar el cuidado del medio ambiente se creó el Ministerio del Medio Ambiente. Con esta ley quiso dársele a la gestión ambiental en Colombia una dimensión sistémica, descentralizada, participativa, multiétnica y pluricultural.

El SINA, como sistema de información, le ha reportado inmensos beneficios al país en materia de cuidado ambiental, puesto que ha facilitado el desarrollo coherente y coordinado de políticas ambientales, en beneficio de toda la sociedad. No obstante, para lograr estas loables metas estatales, es necesario cimentar entre la ciudadanía y demás instituciones del Estado una cultura que estime la importancia de la investigación ambiental científica, valore la correcta administración de los recursos naturales de la nación e involucre decididamente a todos en la protección de las reservas naturales (Ramírez, 2015)

Ecuador.-

La Constitución de Ecuador, aprobada mediante referéndum realizado el 28 de septiembre de 2008, es la culminación, en materia ambiental, de un proceso de constitucionalización del medio ambiente que se ha venido desarrollando en los países latinoamericanos. Esta Carta, junto con la de Venezuela y Bolivia, se aprueban en contextos socio-políticos y económicos con amplias similitudes y nuevos paradigmas de gobernar en el continente. Además de los retos intelectuales concernientes a la teoría política que plantean estos nuevos paradigmas, es indudable que en materia jurídica ambiental, los retos son mayores e igualmente interesantes. En relación con algunos temas ambientales, se resaltan tres que ameritan especial atención, bien por su carácter novedoso, bien por su incorporación en la Constitución de principios que, en otras latitudes, es materia legal. Para analizar un tema de estas características, es necesario recurrir a explicaciones teóricas circunscritas en un marco puramente jurídico; la Constitución no es más que la organización del Estado y del poder, lo cual exige explicaciones desde esa óptica. El objetivo último de toda constitución es lograr un mejor gobierno. Se entiende por tal, la acción de dirigir, conducir a los hombres, las cosas y las relaciones que surgen entre uno y otro, o entre sí, respectivamente. Dentro de estos elementos se encuentra lógicamente la naturaleza y el medio ambiente. (Macia Gómez, 1998)

El arte de gobernar debe partir de una serie de conocimientos, de saberes que permitan prever posibles escenarios futuros con el fin de hacer posible una acción del Estado eficaz. En suma, el arte de gobernar se comprende como una “articulación de un proceso de decisión política, de las condiciones de su aplicación en términos de eficacia y legitimidad en situaciones políticas determinadas”. La legitimidad debe buscarse entonces en las constituciones como la fuente de un poder legal y legítimo. Es decir, con origen en el pueblo, quien actúa como poder constituyente o a través de sus representantes. A partir de las constituciones se logra el consenso de la sociedad en torno de valores que adquieren fuerza jurídica vinculante cuando son consagrados en los textos de las cartas fundamentales. Es indudable, que la nueva Constitución del Ecuador es claro ejemplo de búsqueda de legitimidad mediante la participación

del pueblo tanto en su elaboración como en su aprobación. La inclusión de una serie de principios de los pueblos originarios y autóctonos, como integrantes de los nuevos valores del Estado, supone que la sociedad debe aceptarlos y reconocer su vinculación jurídica (Christian Lazzeri & Dominique Reyni, 1992).

Nivel Nacional

Mediante Resolución Jefatural N.º 110-2016-SENACE/J, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de noviembre del 2016, aprueban Manual de Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-d) para el Subsector Hidrocarburos.

Con respecto al Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE este fue creado con una finalidad Público Técnico Especializado, es decir “con autonomía técnica y personería jurídica de derecho público interno, encargado de revisar y aprobar los Estudios de Impacto Ambiental detallados (EIA-d) los cuales están regulados en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental”.

Asimismo cabe resaltar que, acorde al Reglamento de Organización y Funciones del SENACE, el Consejo Directivo de este organismo tiene por labor “la aprobación de guías y normas o propuestas normativas para la implementación del SENACE”. De la misma manera, el citado reglamento “establece como función de la Dirección de Certificación Ambiental proponer guías, lineamientos, protocolos, procedimientos u otros instrumentos similares para la elaboración, presentación y evaluación de los EIA-d”.

En conclusión se resuelve:

“**Artículo 1.** Aprobar el Manual de Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-d) para el Subsector Hidrocarburos, que como anexo adjunto forma parte de la presente Resolución.

Artículo 2. Disponer la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano y, en la misma fecha, en el Portal Institucional del SENACE (www.senace.gob.pe) conjuntamente con el anexo que la integra.”

2.2.1.2.Aspectos conceptuales

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, (OEFA) es un organismo el cual tiene carácter público técnico especializado, en donde está adscrito al Ministerio del Ambiente, llegando al cargo de fiscalización ambiental y de asegurar de manera adecuada el equilibrio entre la inversión privada en actividades económicas y la protección ambiental. El OEFA es, además, el ente Rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Sinefa, 2016).

Este organismo se creó en el año 2008 en donde intervino el Decreto Legislativo N° 1013 – en este decreto se aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, y de esta manera da inicio a todas sus actividades ambientales de fiscalización en el año 2010.

2.2.1.3.Las funciones desarrolladas en la OEFA.

La función evaluadora: esta se encarga de la vigilancia y el monitoreo en el ámbito ambientes y de sus componentes de este (v. gr. agua, aire, suelo, flora y fauna). Además identifica los pasivos ambientales en relación al Subsector Hidrocarburos.

La función de supervisión directa: observa que las obligaciones ambientales se cumplan, así mismo se encarga de dictar medidas

Preventivas, mandatos de carácter particular y requerimientos de actualización de instrumentos de gestión ambiental.

La función de fiscalización y sanción: ayuda a comprender la investigación de posibles infracciones administrativas, y la imposición de sanciones, medidas cautelares y correctivas.

La función de aplicación de incentivos: en esta función se administra el Registro de Buenas Prácticas Ambientales y llegan a otorgar incentivos para promover el sobrecumplimiento de la normativa ambiental.

Actualmente se encuentra en la OEFA los sectores de minería (mediana y gran minería), energía (hidrocarburos y electricidad), pesquería (procesamiento pesquero industrial y acuicultura de mayor escala) e industria manufacturera (rubros de cerveza, papel, cemento, curtiembre, fundición de metales, biocombustible, elaboración de bebidas, elaboración de azúcar y otros).

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

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

La fiscalización que realiza el OEFA promueve una protección ambiental de manera transparente en donde participa la ciudadanía y la capacitación en fiscalización ambiental. Para ello, cuenta con el Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales (Sinada) en donde cada ciudadano presenta una denuncia respecto a las infracciones ambientales y realiza diversos talleres, foros, entre otros espacios académicos dirigidos a la población en general.

La adecuada fiscalización ambiental del OEFA es la encargada de crear y fortalecer lazos de confianza entre la población y las empresas. Llegando a prevenir la génesis de los conflictos socio ambientales, y en aquellos aspectos en los que persiste la conflictividad, el OEFA tiene un rol importante que

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

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

Es así que en la variada normatividad ambiental encontraremos diversas formas de protección al medio ambiente, ya sea para prevenir su afectación o para resarcir el daño causado al mismo: la Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611, que su Capítulo II se ocupa de la responsabilidad por el daño ambiental en normas administrativas sectoriales, también encontraremos tipificadas infracciones y sanciones para quien vulnera determinados elementos que conforman el medio ambiente; la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.º 27972, que en su art. 80 señala todas las funciones municipales referidas a la regulación y control de temas referidos a salubridad, saneamiento y salud, y dentro de estos temas también se hace referencia a la connotación ambiental de los mismos y de manera expresa al control de elementos contaminantes; finalmente, encontramos también el derecho penal que, en el Título XIII del CP ha tipificado como delitos, supuestamente y siguiendo los principios generales del derecho penal, los atentados más graves contra los valores ambientales. Por lo tanto, y sobre la base de lo señalado, podemos afirmar que existen en nuestro

país diversas formas como autoridades a las que podemos acudir para iniciar una petición o acción legal cuando de afectación al medio ambiente se trata, de manera que la vía penal no es la única o la más efectiva, aunque en el entorno jurídico e incluso social sea la más conocida, sobre todo porque, ante la actual crisis política y social, el Estado ha decidido utilizar el derecho penal sobre criminalizando conductas para aplacar dicha crisis cuyo origen y fin está relacionado tal vez a políticas más profundas que las adoptadas, no siendo el derecho penal ambiental la excepción ya que en setiembre del 2015 (Poder ejecutivo. D. Leg. N.º 1237, 2015.).

2.2.2. La gestión Ambiental en el Perú.

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

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

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

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

2.2.3. El delito de contaminación del ambiente

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

La Real Academia Española (2015), afirma que para empezar, a mi consideración, es primordial definir qué es contaminación y encontraremos, entre muchas, las siguientes definiciones: “acción y efecto de contaminar”, “es

la introducción de sustancias en un medio que provocan que este sea inseguro y no apto para el uso”, “la contaminación se denomina a la presencia en el ambiente de cualquier agente químico, físico o biológico nocivos para la salud o el bienestar de la población, de la vida animal o vegetal” (Ibáñez Martínez. C. 2010).

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

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

Estas acciones son las que se realizan dentro de las actividades que pueden generar riesgos para el medio ambiente según el marco de gestión ambiental en

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

Un último ejemplo, la Ley de Recursos Hídricos⁹ en su art. 120 señala infracción en materia de aguas y el numeral 9 señala como tal el realizar vertimientos sin autorización, nuevamente encontramos la misma relación, es decir la norma que se infringe hace referencia a la acción correspondiente, en este caso volvemos a repetir, se infringe la Ley de Recursos Hídricos al realizar vertimientos sin autorización. Seguidamente, el tipo penal señala cuáles son los elementos materia de afectación como consecuencia de las referidas acciones y solo estamos ante tres posibilidades: aire, agua o suelo, tres elementos del medio ambiente en su estado natural. En cuanto al agua, se hace referencia a cuerpos de agua terrestres, marítimos o subterráneos, entonces estamos hablando de una afectación de ríos, mares, lagos, (cuerpos de agua natural) donde lógicamente el daño a este elemento del medio ambiente se torne grave o posiblemente grave y el tipo penal señala, además, que ello es según la calificación reglamentaria de la autoridad competente, apareciendo nuevamente la relación establecida en los dos elementos normativos del tipo penal ya mencionados, la infracción de normas que provoca a su vez acciones, y como

ya existe una infracción ante la autoridad del sector competente, la calificación reglamentaria está referida a esta infracción que vendría a ser una redundancia en la redacción del tipo penal. Sin embargo, al parecer el deseo del legislador es que, con esta reiterada referencia a la infracción de la norma administrativa y a la autoridad que la califica como tal, se ha querido establecer un límite en cuanto a la calificación de determinados hechos como delito de contaminación del medio ambiente, de tal suerte que no cualquier acción de afectación a este podría ser calificada como delito.

2.2.4. Alcances normativos

Caro Coria (1995), afirma que el sujeto activo en el delito de contaminación del ambiente debe realizar una actividad económica, ello debido a que la introducción de los valores límite de emisión en la descripción típica solo puede referirse a actividades económicas permanentes como es el caso de la industria, ya que la exigencia típica de superar los límites de tolerabilidad solo tiene sentido en el marco de dichas actividades; asimismo, señala también que el legislador al incriminar la contaminación quiso referirse particularmente a la actividad industrial, por tanto, el sujeto activo puede ser cualquiera que ejerza una actividad económica, principalmente industrial. La Casación N.º 383-2012-La Libertad respecto al delito de contaminación del ambiente, señala: [...] En el presente caso, nos encontramos ante un delito omisivo de carácter permanente, toda vez que para la consumación requiere de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, generando una mínima extensión temporal de acción; ya que su estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor (Casación N° 383, 2012).

Por otro lado, Peña Cabrera. F. (2014), en comentario a la referida casación, indica que la omisión en el delito de contaminación del ambiente se funda en no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias para controlar adecuadamente un foco de riesgo; asimismo, menciona que al tomar lugar la no realización de una acción encaminada a salvaguardar la intangibilidad de un

bien jurídico protegido, es decir, el agente no es que quede inerte en la facticidad, sino que hace cualquier cosa menos la exigida por la normatividad penal, entendiendo que es aquí donde radica la configuración del primer elemento normativo del tipo penal, es decir, la infracción de normas las cuales no son observadas y que dan lugar a las emisiones, descargas y demás acciones contempladas en el tipo penal las cuales solo pueden estar enmarcadas en actividades que de alguna forma se desarrollan con cierta temporalidad. Queda claro, entonces, que el delito de contaminación del ambiente constituye un hecho ilícito que no se consuma de manera inmediata sino que proviene de una actividad, pero no de cualquier actividad sino de una significativa que además se lleva a cabo de forma permanente con infracción de normas ambientales, concluyéndose también tras lo analizado que no existiría flagrancia delictiva para este tipo de delitos. Asimismo, como consecuencia de la permanencia o constancia de la conducta antijurídica se abre paso al resultado o consumación del delito: causar grave daño o la posibilidad de causar grave daño a los elementos del medio ambiente. Solo en la permanencia de la actividad infractora radicaría la posibilidad de causar grave daño al ambiente ya que, al ser el impacto o el riesgo de algún modo constante o latente, se hace difícil también el retorno a su estado anterior, circunstancia que habría llevado a penalizar este especial tipo de conducta. Debe mencionarse que la comisión del delito de contaminación del ambiente no se configura únicamente mediante un hecho relacionado a un tema de actividad formal, es decir, dentro de la política de gestión ambiental dirigida a aquellos que están sujetos a la fiscalización ambiental en el marco del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental. Debe tenerse presente que el art. 305 del CP contempla circunstancias agravantes respecto del delito en mención y una de estas es la clandestinidad, es decir, no necesariamente las actividades materia de infracción y posterior delito ambiental deben ser formales, puesto que de no serlas se agravaría la conducta delictiva. Otra situación que bien puede desprenderse de lo ya señalado es la reiterada mención que han hecho algunos juristas respecto a que en nuestro país existen pocos límites máximos permisibles, es decir, parámetros contenidos en vertimientos, emisiones,

descargas, etc. que determinada su superación ya causan afectación al elemento del medio ambiente sobre el que recaen o van directamente, ya sea aire, agua o suelo. Como consecuencia de ello, es casi imposible la configuración del delito de contaminación. También muchas veces se ha señalado que no se pueden utilizar estándares de calidad ambiental, contenidos en reglamentos, para imponer sanciones ya sean administrativas o judiciales, ello porque los mismos se utilizan o son referentes en el diseño de políticas ambientales. Lo indicado es en parte cierto, pero ello no quiere decir que si un hecho resulta siendo típico y se subsume dentro del delito de contaminación del ambiente no pueda dar lugar a la sanción penal correspondiente. En este sentido, debe señalarse que respecto a vertimientos existen límites máximos permisibles únicamente para los generados por algunas actividades como la actividad de curtiembres, plantas de tratamiento de aguas residuales entre otras; sin embargo, para las actividades que carecen de estos parámetros bien pueden utilizarse otros estándares o parámetros de control. Esta posibilidad se encuentra total y válidamente habilitada por la Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611, que en su segunda disposición transitoria, complementaria y final señala lo siguiente: En tanto no se establezcan en el país Estándares de Calidad Ambiental, Límites Máximos Permisibles y otros estándares o parámetros para el control y la protección ambiental, son de uso referencial los establecidos por instituciones de derecho internacional público como los de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Por ejemplo, si estamos ante un vertimiento contaminante que va directamente al río y que es generado por una actividad comercial o de producción, el hecho de que no exista específicamente LMP para los vertimientos de estas actividades no significa que no se pueda estar cometiendo delito, puesto que la caracterización de tal vertimiento puede ser sometido a otro tipo de parámetros que nos permitan establecer que esos vertimientos son contaminantes y están impactando el cuerpo de agua natural causando la posibilidad de su grave afectación, recordando además que estamos ante un delito de peligro concreto. Claro está que la infracción de la ley o reglamento que exige el tipo penal debe estar relacionada a normas ambientales, como por ejemplo la Ley de Recursos Hídricos que indica que

están prohibidos los vertimientos sin autorización, así como contaminar aguas y contaminar aguas subterráneas por infiltración (Ley 29383).

Por otro lado, la Ley General de Residuos Sólidos también hace referencia a vertimientos y descargas contaminantes, sin necesariamente hacer referencia a parámetros como lo hacen las normas que contienen estándares de calidad ambiental o límites máximos permisibles; no obstante, al estar comprendidas dentro del marco normativo de gestión ambiental, su infracción también puede serlo como parte de la configuración del delito de contaminación del ambiente. En cuanto a la utilización de estándares de calidad ambiental, la Ley General del Ambiente expresamente señala que si bien estos estándares de calidad ambiental son parámetros que se utilizan como referentes de gestión ambiental podrían ser utilizados para sancionar siempre que se establezca la causalidad entre la actuación y la trasgresión de los mismos (Artículo 31 - Ley N° 28611).

Al respecto, debo mencionar que en la ciudad de Arequipa existen sentencias condenatorias por contaminación sonora que se encuentran incluso ejecutoriadas. Asimismo, debe tenerse presente que el caso materia de análisis de la Casación N.° 383-2012-La Libertad tampoco está referido a una actividad donde la infracción sea directamente a LMP, más bien el mismo hace referencia a pasivos ambientales, cancha de relave de una actividad minera que genera vertimientos de sustancias contaminantes al río Sayapullo. La infracción de la norma está referida a la no implementación del plan de cierre de pasivos ambientales que remedie o mitigue la afectación del referido cuerpo de agua natural, lo cual además de estar contemplado en la legislación minero ambiental vigente (norma ambiental infringida) constituía un compromiso de la propia empresa. Por otro lado, cuando se hace el monitoreo de estándares de calidad de agua del río Sayapullo, estos se encontraban superados; motivo por el cual se desarrolló doctrina jurisprudencial vinculante en cuanto al delito de contaminación ambiental, quedando establecido, bajo estos hechos, que es uno omisivo y de carácter permanente, como ya se ha señalado y analizado.

En cuanto a los casos de afectación al ambiente, los cuales no se subsumen necesariamente en el tipo penal del art. 304 y a ello hago especial referencia ya

que muchas veces por su impacto social se tornan en casos sensibles para cuya remediación se solicita una intervención penal, no obstante la normativa ambiental dispone alternativas que podrían obtener mayor efectividad en cuanto a ello se refiere, dentro de estos encontramos, por ejemplo, los que la Ley General del Ambiente considera como emergencia ambiental¹⁶ que están referidos a la ocurrencia de algún daño ambiental súbito y significativo ocasionado por causas naturales o tecnológicas. En estos casos, como señala la norma, el hecho que ocasiona el daño ambiental es súbito, es decir, inesperado, no planificado, entonces, al tener como punto de inicio esta particularidad en el suceso, ya no podríamos considerar el hecho como un delito de contaminación del ambiente aunque genere daño significativo al mismo, ya que no estamos hablando de una actividad permanente y tampoco de la infracción de normas que contienen las acciones descritas en el tipo penal, por ejemplo, podría ser el caso de los derrames, a mi parecer concepto técnico atribuido porque los mismos provienen de un hecho que puede calificar como emergencia y ante esta lo que se tiene que hacer de manera inmediata es activar el plan de contingencia que dé inicio a la remediación y recuperación del lugar que ha sido afectado y, en todo caso, el resarcimiento del daño ocasionado puede buscarse a través de lo establecido en art. 142 y siguientes de la Ley General del Ambiente, referida tal normativa a la responsabilidad por daños ambientales, ya sea en la vía administrativa, civil o incluso, por qué no, en la arbitral. En relación a estas circunstancias, el art. 314-C del CP, referido a medidas cautelares en delitos ambientales, señala que el juez dispondrá la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria, así como otras que corresponda. Aquí, nuevamente la norma penal al referirse al tema de contaminación hace inferencia a una actividad contaminante, es decir, a aquella que se realiza con cierta permanencia y por lo tanto es posible de suspensión, lo que en el caso de una emergencia ambiental no es aplicable. Remitiéndonos al ejemplo señalado, no se puede suspender un derrame menciono esta situación ya que alguna vez se ha solicitado ello en el despacho fiscal, reiterando que este tipo de sucesos tiene su propio tratamiento técnico y normativo como ya se ha explicado y la autoridad administrativa ambiental del

sector está encargada de supervisar la eficacia y efectividad de las medidas de remediación, las cuales deben ser de aplicación inmediata al suceso ya que el incumplimiento de ello acarrearía responsabilidades administrativas y tal vez hasta penales, pero ya no dentro del marco penal ambiental. Continuando con el desarrollo del presente tema, no debe dejarse de mencionar que el delito de contaminación del ambiente también comprende la modalidad culposa. Respecto a lo anterior, en el segundo párrafo del art. 304 se señala que “si el agente actuó por culpa la pena privativa de la libertad será no mayor a tres años [...]”. Bajo esta modalidad en la comisión del delito de contaminación del ambiente y en concordancia con todo lo que se ha desarrollado al respecto, es claro que la circunstancia culposa solo estaría relacionada con el actuar omisivo del agente, es decir, que la infracción de normas del marco de gestión ambiental que se configura a través su inobservancia, debe darse desde un actuar culposo. Con ello quiero hacer referencia a que muchas veces puede confundirse esta circunstancia al atribuirla de manera directa al suceso que causa la afectación al ambiente, como, por ejemplo, un accidente de tránsito que como consecuencia del mismo produzca un derrame; sin embargo, si bien esta circunstancia según los hechos podría constituir una infracción al Reglamento Nacional de Tránsito o podría dar lugar a la activación de un plan de contingencia y, según sea el caso, ser declarado como una emergencia ambiental empezando porque se trata de un hecho súbito, solo existe dentro del mencionado reglamento una norma que al ser infringida se relaciona directamente a la configuración de los elementos normativos del tipo penal de contaminación del ambiente y ya se ha hecho mención a la misma, se trata de la superación de LMP en gases emitidos por vehículos que utilizan diésel o gasolina, en cuanto a lo demás podemos decir que no hay norma que haga referencia a descargas, vertimientos, filtraciones como consecuencia de una infracción a la norma de tránsito. No debe dejarse de mencionar que no todo hecho que infrinja una norma pueda también ser considerado como delito y en el campo normativo ambiental esta circunstancia es más acentuada, es decir, y volviendo a reiterar, no todo hecho de connotación ambiental se encuentra configurado como ilícito penal; sin embargo, hay hechos que configuran otros

tantos ilícitos penales y que de alguna forma tienen relación ya sea con el ambiente o con la salud de las personas. En cuanto a esto último, existen delitos que contemplan actos que van en contra de la salud de las personas directamente, pero además, esto sí es importante mencionar, el art. 46.2.1 del CP señala que constituye una circunstancia agravante del hecho delictivo: “cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales”, es decir, puede que existan hechos que configuran delito no necesariamente contra el medio ambiente, pero que se agravan cuando afectan el mismo, como por ejemplo el delito de daños o el delito de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, entre otros. Con estos alcances obtenidos a partir de la normatividad, de los análisis ya hechos en cuanto al tema y de la praxis, podemos observar que en el país hay normatividad que tiene como fin la preservación del medio ambiente, esto es, la crisis ambiental que observamos tal vez no esté referida necesariamente a falta de políticas ambientales o normas que las sustenten sino a su efectividad.

2.2.5. Responsabilidad propiamente ambiental

Para entrar al meollo de la responsabilidad propiamente ambiental debemos tener en cuenta lo siguiente: Según Vargas, los daños ambientales por el bien jurídico que afectan, se dividen en “**daños ambientales puros**” y “**daños ambientales consecutivos**”. “El daño ambiental puro es aquel que daña o afecta al ambiente o uno de sus componentes. Y el daño ambiental consecutivo es que como consecuencia de un daño ambiental puro, es dañado un patrimonio o bien particular o individual”. En el primer caso el bien jurídico afectado es el medio ambiente y en el segundo es específicamente la persona y su patrimonio. (Vargas, 2009)

Refiriéndose a estos daños, Gonzales (2003), citando a Alpa, dice: “el daño ambiental es un daño causado a un interés colectivo carente de materialidad y de titularidad colectiva” (p. 125) y agrega “mientras que el daño civil constituye una afectación directa a las personas o a sus bienes” (p. 25), reflejando éste último, el daño ambiental consecutivo. Entonces “(...),

debemos estimar que la responsabilidad civil abarca solo el daño sufrido por una persona determinada, como consecuencia de la contaminación de un elemento ambiental, en su propia persona (intoxicación por haber bebido agua de una fuente contaminadora por una industria) o en sus bienes (muerte de caballería por contaminación de plomo en aguas; muerte de peces por contaminación de un río por residuos), pero en todo caso se debe probar el daño ambiental”. (Velásquez, 2000, p. 266)

2.2.6. La ley penal en blanco en los delitos contra el medio ambiente

El informe fundamentado es parte de la política criminal en la que tienen origen los delitos contra el medio ambiente; el Estado, en aplicación de la política criminal, utiliza la denominada ley penal en blanco y con esta se estructuran todos los delitos contra el medio ambiente. Esta ley penal en blanco, en estos casos, está conformada por todas aquellas normas administrativas que son parte del marco normativo ambiental, las mismas que contienen obligaciones, responsabilidades y compromisos de observancia obligatoria que el administrado debe asumir frente al Estado, el cual a su vez está representado por diferentes autoridades sectoriales con distintas competencias ambientales. La referida observancia obligatoria, tiene la finalidad de que las actividades que llevan a cabo los administrados no causen impactos negativos en el medio ambiente, lo que a su vez tiene como fin efectivizar el derecho fundamental a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado, consagrado en la Constitución Política, que el Estado está en la obligación inmediata de preservar, y los ciudadanos de respetar.

Como se ha señalado, las obligaciones, responsabilidades y compromisos ambientales, contenidos necesariamente en normas administrativas, son de cumplimiento obligatorio; esto es, pasible de fiscalización y supervisión a cargo de las autoridades administrativas ambientales sectorialmente competentes, quienes como resultado de tales funciones determinarán si los administrados han cumplido o incumplido con sus obligaciones, han

infringido normas ambientales, y, finalmente, como consecuencia de todo ello, si además son pasibles de sanción administrativa.

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

La infracción y/o inobservancia a la norma administrativa ambiental, es justamente con la que los delitos de contaminación del ambiente se complementan; es un requisito para la configuración de los mismos pues en absolutamente todos los delitos contra el medio ambiente, uno de los elementos normativos del tipo penal siempre será la infracción o inobservancia de una norma administrativa correspondiente al marco legal ambiental (ley penal en blanco).

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

superación podría dar lugar a una infracción de las normas que contienen estándares o límites máximos permisibles.

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

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

como muchas veces se piensa o imagina, otorgando al Ministerio del Ambiente o específicamente al OEFA —Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental—, tal exclusividad; pues no, y si bien la política ambiental en nuestro país tiene tal dirección, es decir, que se están encaminando las normas a que sea una sola la autoridad de fiscalización ambiental como lo prevé la Ley N.º 299681, aun así quedarían actividades que por su naturaleza formal y normativa estarían a cargo de otras entidades de fiscalización ambiental; lo importante es que en la actualidad no es así, en la actualidad existen muchas autoridades administrativas con competencia en fiscalización y supervisión ambiental y por tanto son estas autoridades administrativas las que tienen competencia para pronunciarse sobre la inobservancia o infracción de normas, obligaciones y/o compromisos de los administrados conforme a la actividad que estos lleven a cabo o pretendan realizar.

2.2.7. Casos prácticos

A manera de ejemplo, citaremos continuación tres casos, donde podremos verificar que la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales, únicamente solicita como pretensión de reparación civil el pago de un monto dinerario, sin proponer ninguna medida de recomposición, mitigación o monitoreo del medio ambiente afectado

Expediente	Hechos	Pretensión de Reparación Civil
06143-2016-15-0401-JR-PE-05	Contaminación al aire superación de LMPs de particulado y contaminación de agua de mar superación de LMPs del parámetro arsénico y otros.	Pago de S/ 50.000 (cincuenta mil nuevos soles)

06153-2016-0-0401-JR-PE-05	Contaminación al mar por derrame de 120 galones de Diésel.	Pago de S/ 50.000 (cincuenta mil nuevos soles)
Caso 574-2016	Contaminación al suelo por derrame de Diesel	Pago de S/ 100.000 (cien mil nuevos soles)

2.2.7.1. Perjuicio, alteración o daño en la estabilidad de los ecosistemas

Ahora bien, corresponde analizar sobre la base de qué criterios se aplicarán estos conceptos en el bien jurídico penalmente protegido: estabilidad de los ecosistemas.

Caro (1999) adopta el criterio de la capacidad de resistencia de los ecosistemas, sosteniendo que:

“la estabilidad es [...] la capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir a las perturbaciones externas, de origen natural o humano. Por cierto, esa capacidad de resistencia no puede verse perturbada por cualquier actividad humana, sino por aquellas que al generar un gran impacto ambiental disminuyen las condiciones que permiten la estabilidad, es decir, que alteran gravemente la composición del agua, de la atmósfera o de los suelos, o disminuyen la biodiversidad”. (p. 277 y 278).

Esto implicaría que los efectos de alteración, perjuicio o daño se determinarían sobre la resistencia de un ecosistema.

En el derecho comparado, Alastuey (2004), parte del criterio de la capacidad de regeneración de los ecosistemas. Aduce que:

“el desequilibrio del ecosistema, esto es, la lesión del bien jurídico, se dará cuando se produzca un menoscabo en esa capacidad de regeneración. La capacidad de recuperación de un sistema natural (resiliencia) hace referencia a la rapidez con que un ecosistema vuelve a su estado anterior después de haber sido perturbado”. (pág. 66-67)

En virtud de ello, se cometerá el tipo penal cuando las conductas ilícitas ambientales sean aptas para producir un perjuicio, alteración o daño en la capacidad de regeneración del ecosistema.

Sobre estas posturas, considero que tanto la resistencia como la regeneración de los ecosistemas requieren de un estudio técnico-científico exhaustivo que analice la capacidad de soporte o reconstrucción de los mismos ante las perturbaciones que puedan generarse, lo que implicaría, incluso, años de investigación para llegar a una conclusión. Además, estos criterios, no consideran que los ecosistemas, la mayoría de veces, no se encuentran en su estado natural, dado que algunos ya están alterados (altamente contaminados), ya sea por factores naturales o humanos; en tal sentido, no podría calificarse una conducta como un delito ambiental, pues ya no podría hablarse de una lesión o puesta en peligro grave de un bien jurídico que ya se encuentra deteriorado, ya sea porque el bien jurídico no resistirá más o porque su regeneración se tornaría más lenta.

Por esta razón, estimo que debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 9 de la LGA, el cual dispone que la finalidad de la política ambiental es mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo. De esta manera, se debe proteger la permanencia de ecosistemas saludables, viables y sobre todo funcionales.

Sobre el funcionamiento de los ecosistemas, García (2008) ha mencionado que:

“la lesividad al medio ambiente o sus componentes no se expresa como destrucción o eliminación, sino como pérdida o peligro concreto de pérdida de su estabilidad funcional” (p. 887).

Este criterio debe entenderse como el conjunto de funciones físicas, biológicas y químicas que cumplen los ecosistemas, y que permiten la interrelación de sus componentes.

Conforme a ello, el perjuicio, alteración y daño se determinará sobre el criterio de funcionamiento de los ecosistemas. No obstante, este criterio debe ir de la mano con el criterio del estado anterior propuesto por Silva (1999), quien explica que se podrá determinar la afectación del bien jurídico cuando los sistemas naturales se encuentran en desequilibrio, el cual no debe ser entendido como la situación en que los sistemas naturales se encuentren inalterados. (p. 80)

La acción típica puede afectar (o ser apta para afectar) el equilibrio de un sistema natural, aunque con anterioridad a la realización del acto de contaminación dicho ecosistema hubiese sido objeto ya de intervenciones humanas que hubiesen supuesto un menoscabo para ellos. Este autor propone partir del estado del sistema natural anterior a la realización de la conducta respecto de la cual se trata de determinar su relevancia penal, es decir, para él, equilibrio equivale a estado anterior y el desequilibrio equivaldría a la alteración del estado anterior. (Silva, 1999, p. 80)

En este sentido, se advierte que si un ecosistema ya se encuentra afectado pero aun así proporciona sus funciones físicas, biológicas y químicas, y a su vez, garantiza la calidad ambiental para las personas que se sirven de ese ecosistema, se podrá determinar el perjuicio, alteración y daño con base en ese estado en el que se encuentra e imputar el delito de contaminación ambiental; así como se podrá archivar un caso si el estado anterior de un ecosistema es excesivamente deplorable, imposible de ser más contaminado, que ya no podría existir mayor lesión para ese bien jurídico, tal como se explica en el siguiente ejemplo:

La acción típica puede afectar (o ser apta para afectar) el equilibrio de un sistema natural, aunque con anterioridad a la realización del acto de contaminación dicho ecosistema hubiese sido objeto ya de intervenciones humanas que hubiesen supuesto un menoscabo para ellos.

Caso: Durante los años ochenta en la unidad minera X, las empresas A, B y C realizaron constantes derrames de relaves en la laguna Y, suceso que hizo que este cuerpo receptor se encuentre altamente contaminado. En el 2011, un equipo de evaluación de calidad del Minam determinó que la laguna Y ya no filtra sus aguas y que se encuentra altamente degradada, pues ya no soporta existencia de flora y fauna en ella. En el 2012, la empresa D se instaló en la unidad minera X a fin de desarrollar sus actividades; posteriormente, durante una supervisión por parte de la autoridad ambiental competente para verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales, se determinó que los efluentes líquidos minero-metalúrgicos de dicha empresa superan en un 100 % los límites máximos permisibles en el parámetro Cianuro, los cuales descargan directamente a la laguna Y.

En este supuesto, desde mi punto de vista, no existirá una lesión o puesta en peligro grave del bien jurídico “estabilidad del ecosistema”, por más que se hayan excedido los límites máximos permisibles, toda vez que el componente ambiental agua (laguna Y) se encontraba altamente contaminado; por lo tanto, el estado anterior de ese ecosistema impide que se configure el tipo penal y se impute dicha conducta a la empresa D.

2.2.8. Los delitos ambientales en la legislación peruana

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

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

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

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

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

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

Asimismo, entre los supuestos de perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental establecidos en la reglamentación administrativa tenemos el D. S. N.º 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, cuyo numeral 2 del art. 147 establece las infracciones graves relacionadas al inadecuado manejo de los residuos sólidos que pueda generar afectación a la salud pública y al

ambiente; las diversas ordenanzas municipales que fijan las infracciones por contaminación acústica según los decibeles excedidos; la normativa por exceso de LMP en efluentes y emisiones; la normativa emitida por el OEFA referente a las actividades de su competencia (Resolución de Consejo Directivo N.º 035-2015-OEFA/CD, N.º 042-2015-OEFA/CD, N.º 043- 2015-OEFA/CD), entre otras.

2.2.9. Marco jurídico de la gestión ambiental

Artículo 13. Del concepto

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

13.2 La gestión ambiental se rige por los principios establecidos en la presente ley y en las leyes y otras normas sobre la materia. (Ley General del ambiente, 2005, p. 18)

2.2.10. Concepto de gestión ambiental

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

La gestión ambiental es un concepto polisémico (con diferentes acepciones) e interdisciplinario. Ha sido por momentos asociado meramente a la institucionalidad ambiental, otras veces a toda la gobernabilidad ambiental,

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

Dicho concepto, como en muchas de las temáticas ambientales, es polisémico y sus diversas acepciones, en parte, dependerán del enfoque disciplinario que se le confiera.

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

Esta nueva dimensión de la gestión pública responde al desafío contemporáneo por buscar soluciones funcionales desde los aparatos u organizaciones, no solo públicas. Como sostiene Rodríguez, “La gestión ambiental parte de la necesidad de la sociedad de conservar y mejorar la “oferta y calidad ambiental”, es decir, de los recursos que sirven para satisfacer las necesidades de los seres humanos, y que son fundamentales como soporte de la vida en la tierra. Ello conlleva el reto de detener y reversar el deterioro del medioambiente con el fin de preservar y mejorar su calidad para las futuras generaciones”. (Rodríguez, 2017, p. 8)

2.2.11. El trípode de la gestión ambiental

a) Aproximaciones

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

Desde el punto de vista “prenormativo” o “cuasidoctrinal”, a inicios de los noventa en la introducción de la propuesta de ley básica de protección ambiental y promoción del desarrollo sostenible que constituía una suerte de “exposición de motivos”, asumía por gestión ambiental al “conjunto de actividades del Estado dirigidas a la conservación, preservación, mejoramiento, recuperación y monitoreo del ambiente; las de intervención directa e indirecta en el ambiente natural y antrópico; y las del control de las actividades de los particulares; ampliando su alcance al uso y aprovechamiento de los recursos ambientales, sean públicos o privados, que hacen los particulares”. (PNUMA, 1993, p. 7)

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

Brañes (1988) nos advertía que si bien la gestión ambiental tiene en el trípode mencionado sus componentes básicos; sin embargo, supone “un conjunto de actos normativos y materiales que buscan una ordenación racional

del ambiente y que van desde la formulación de la política ambiental hasta la realización de acciones materiales que tienen ese propósito” (p. 23).

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

b) Sujetos de la gestión ambiental

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

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

De otra parte, cabe advertir que paralelo a ello se presentan las diversas dimensiones ambientales supraestatales, en una especie de gestión ambiental

internacional, regional o global. Recordemos que el propio informe Bruntland aludía a la “gestión de los espacios comunes”. Asimismo, desde una dimensión “micro” habría todo el escenario de la gestión ambiental de la empresa u otras organizaciones.

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

c) Objeción metodológica al trípode

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

d) Conclusión

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

2.2.12. Sobre el proceso peruano

Como decíamos en la introducción, a partir de las normas sobre promoción a las inversiones, en particular con la Ley Marco para el Crecimiento de las Inversiones Privadas, D. Leg. N.º 757 (1991), se produjeron importantes

modificaciones al CMARN, que marcarán el rumbo del sistema jurídico ambiental hasta nuestros días, desencadenando un proceso de especialización normativa sectorial en materia ambiental (vg. autoridad ambiental, Estudios de Impacto Ambiental, Límites Máximos Permisibles, Ordenamiento Ambiental, etc.). Además de derogar normas sobre delitos ambientales, el Sistema Nacional del Ambiente, etc.,

Por ejemplo el art. 9 de esta norma legal establece que “toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente”. Sin embargo, ese derecho no la exime del cumplimiento de “las disposiciones legales referidas a la higiene y seguridad industrial, la conservación del medio ambiente y la salud”.

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

En buena cuenta lo sensato es el fino equilibrio entre tendencias o proceso que armonicen transectorialización con sectorialización, para garantizar una integración a la par que una especialización y distribución de competencias idóneas.

En nuestro sistema legal el término gestión ambiental empieza a surgir bajo el enfoque de sistema de gestión ambiental en el marco del proceso de desarrollo de las experiencias de la Ley del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) Ley N.º 26410, en que ya aludía al Sistema Nacional de Gestión Ambiental. La primera parte del artículo es ciernes es una réplica del artículo 7 del Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

2.2.13. Alcances del dispositivo

- Proceso permanente y continuo

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

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

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

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

Conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades

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

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

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

Principios que rigen la gestión ambiental

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

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

- a. Obligatoriedad en el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental, el Plan y la Agenda Nacional de Acción Ambiental y las normas transectoriales que se dicten para alcanzar sus objetivos;*
- b. Articulación en el ejercicio de las funciones públicas, de acuerdo con el carácter transectorial de la gestión ambiental;*
- c. Coherencia, orientada a eliminar y evitar superposiciones, omisiones, duplicidades y vacíos en el ejercicio de las competencias ambientales;*
- d. Descentralización y desconcentración de capacidades y funciones ambientales;*
- e. Simplificación administrativa, a fin de unificar, simplificar y dar transparencia a los procedimientos y trámites administrativos en materia ambiental;*
- f. Garantía al derecho de información ambiental;*
- g. Participación y concertación, a fin de promover la integración de las organizaciones representativas del sector privado y la sociedad civil en la toma de decisiones ambientales;*
- h. Promoción y apoyo a las iniciativas voluntarias dirigidas a la prevención de la contaminación;*
- i. Promoción de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos ambientales;*
- j. Priorización de mecanismos e instrumentos de prevención y producción limpia;*

- k. Precautorio, de modo que cuando haya indicios razonables de peligro de daño grave o irreversible al ambiente o, a través de este, a la salud, la ausencia de certeza científica no debe utilizarse como razón para no adoptar o postergar la ejecución de medidas eficaces y eficientes destinadas a evitar o reducir dicho peligro. Estas medidas y sus costos son razonables considerando los posibles escenarios que plantee el análisis científico disponible. Las medidas deben adecuarse a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción. La autoridad que invoca el principio precautorio es responsable de las consecuencias de su aplicación;*
- l. La inversión nacional y la extranjera se sujeta a las mismas condiciones y exigencias establecidas en la legislación ambiental nacional y en la internacional, aplicable al Perú;*
- m. Complementariedad entre los instrumentos de incentivo y sanción, privilegiando la protección efectiva, la eficiencia, la eficacia, la prevención, el mejoramiento continuo del desempeño ambiental y la recuperación y manejo del pasivo ambiental o zonas ambientalmente degradadas;*
- n. Valorización e internalización de los costos ambientales, bajo el principio contaminador-pagador;*
- o. Permanencia, continuidad y transparencia de las acciones de fiscalización;*
- y,*
- p. Articulación del crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, para el logro del Desarrollo Sostenible.*

2.2.14. Administración de justicia y gestión ambiental

2.2.14.1. Gestión ambiental y la administración de justicia

La nominación de los miembros del Consejo Consultivo de la Presidencia del Poder Judicial, una de cuyas comisiones es la de gestión ambiental, que tenemos el honor de conformar, nos impulsa a los siguientes comentarios.

Es la primera vez desde lo más alto de la magistratura judicial, que se le da semejante relevancia al tema ambiental.

Al respecto el Plan de Gestión Ambiental, es “de aplicación general en todos los órganos y unidades orgánicas el Poder Judicial y, por ende, sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento por todos los integrantes de la institución”. Tiene los siguientes objetivos:

a) General:

Incorporar transversalmente el tema ambiental y el principio de desarrollo sostenible en la Política.

b) Específicos:

i) Ejercer la función jurisdiccional y la gestión administrativa mediante el uso responsable de los recursos.

ii) Mejorar el acceso y la aplicación especializada y eficiente de la justicia ambiental en las 33 cortes superiores del país.

iii) Fortalecer el cumplimiento de la normativa ambiental, objetivos, metas y procedimientos.

Todos los mencionados objetivos tienen la finalidad de lograr a mediano plazo la certificación ambiental ISO 14001.

Al respecto, existen dos grandes líneas que considerar:

2.2.15. Gestión ambiental y administración de justicia como organización: sus “impactos” ambientales

Como toda organización moderna, pública o privada, el Poder Judicial, enfocado como un gran sistema institucional, debería contar con un sistema de gestión ambiental. Esta exigencia deriva de muchas normas jurídicas, tales como la Ley General del Ambiente (art. 15), Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (art. 2, aunque no es tan explícita), la Política Nacional del Ambiente (eje de política 3 Gobernanza ambiental: objetivos 3. Construir nuevos modos de producción y vida basados en los principios de la

sostenibilidad, la ética, la inclusión social y la justicia ambiental), los Ejes Estratégicos de la Gestión Ambiental (eje: Estado soberano y garante de derechos –gobernanza / gobernabilidad–, acceso a la justicia y a la fiscalización ambiental eficaces), entre muchas otras.

Este sistema de gestión ambiental supone organizarse para “cumplir con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país”, en lo que corresponda desde la sede judicial.

De otra parte, no hay que perder la perspectiva de que toda acción humana u organizacional, genera impactos en el ambiente, inclusive lo que en tiempos recientes se denomina la huella ecológica (ambiental) del carbono, hídrica, entre otras acepciones, según el caso. La “huella ecológica”, interpretada en sede judicial, mediría “la cantidad de tierra y agua biológicamente productivas” que el sistema de administración de justicia “requiere para producir los recursos que consume y para absorber los desechos” que genera en dicha actividad (adaptado de *Global Footprint Network*, 2012); o bien, si se quiere, la huella de carbono, como la medida del impacto que provocan las actividades de la administración de justicia en el ambiente, que se “determina según la cantidad de emisiones de GEI producidos, medidos en unidades de dióxido de carbono equivalente”.

Otra exigencia ambiental para el sector público sería la ecoeficiencia (D. S. N.º 009-2009-MINAM y modificatorias). La ecoeficiencia aplicada al sector público (léase administración de justicia) “es sinónimo de competitividad y calidad del servicio dada la magnitud y alcance de los servicios que se ofrecen desde el sector público, tales como: el ahorro de recursos e insumos de trabajo, la eficiencia en el uso de la energía y la minimización de la generación de residuos sólidos”. (Ver *Guía de ecoeficiencia en el sector público*, disponible en <http://ecoefficiencia.minam.gob.pe/public/docs/28.pdf>).

2.2.16. Gestión ambiental y contenidos de la administración de justicia: justicia ambiental

El derecho de acceso ciudadano a la justicia ambiental en sede judicial, ha congregado una serie de propuestas, declaraciones y normas cada vez más especializadas. Desde la Declaración de Río (1992), Declaración de Malmö (2000), Principios de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y la Función del Derecho (simposio mundial de jueces, Johannesburgo (2002)), Declaración sobre justicia, gobernanza y derecho para la sostenibilidad ambiental (Conferencia Río+20 (2012), Iniciativa de establecer el Instituto Judicial Mundial para el Medioambiente (Congreso Mundial de la Naturaleza, Hawái 2016), Iniciativa de la OEA “Protegiendo la Casa Común desde el Poder Judicial” o esfuerzos recientes del Minam, Seminario-Taller Internacional sobre Derecho de Acceso a la Justicia Ambiental (2016), entre otros.

En todas las propuestas arriba mencionadas se propone la implementación del derecho de acceso ciudadano a la justicia ambiental, entendido como que “toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos” (Ley General del Ambiente). Ello supone un respuesta sistémica que regule la actuación de todos los agentes que operan en el sistema de administración de justicia, cuando se involucren asuntos ambientales y, ciertamente, desarrollos normativos y aplicativos según los escenarios de controversia temático-ambiental.

Tales escenarios han sido “acaparados” por las cuestiones delictivo-ambientales y las constitucionales, sobre todo en procesos de amparo, tendencialmente conexos a derechos humanos. Sin embargo, habría que promover el radio de acción en los roles o aplicaciones ambientales a los procesos de habeas data, Incumplimiento y de acción popular.

En sede civil no se han impulsado acciones por daño ambiental puro (mal denominado daño ecológico puro), que ya existen formalmente desde el 2005 y cuyo impulso no se sustenta en el artículo 82 del Código Procesal Civil, abrogado tácitamente por el artículo 143 de la Ley General del Ambiente, cosa que, al parecer, desconocía el Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema del 2007.

De otra parte, el Código Civil y la responsabilidad extracontractual sería el mecanismo para procesar el daño por influjo ambiental o daño ambiental indirecto. Ciertamente, hay que prestar atención al contencioso administrativo para los casos de controversias provenientes de la justicia ambiental en sede administrativa. Asimismo, hay que estar vigilantes ante algunas malas interpretaciones del arbitraje y la conciliación ambiental, que solo corresponderá a controversias sobre bienes de libre disponibilidad y daños por influjo ambiental.

Al respecto, habría que considerar:

1. La necesidad de elaborar un análisis comparativo de las experiencias referidas a la constitución de modelos de tribunales y juzgados ambientales, sobre todo de nuestra región, como línea base para la propuesta de un modelo nacional sobre la administración de justicia ambiental, en el marco de los diagnósticos ya elaborados desde el Poder Judicial y demás referentes de información como el Minam.
2. La evaluación de los diversos escenarios potenciales de actuación de la justicia ambiental –previa definición conceptual consensuada–, teniendo en cuenta los diversos escenarios potenciales de actuación de la justicia ambiental –previa definición conceptual consensuada–, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Justicia constitucional ambiental

Evaluar criterios diferenciadores respecto los recursos naturales o la salud, o culturales u otros derechos y valores, puesto que no siempre, cuando estos se

encuentran involucrados, no siempre necesariamente implicará una dimensión ambiental.

b) Justicia en sede contencioso administrativo

Cuidar y evaluar las conexiones e interrelaciones con la justicia administrativa ambiental (Sinefa).

c) Justicia civil ambiental en sus dos dimensiones

i) Cuando se trata de daño ambiental propiamente dicho (daño ambiental directo), que tiene como base la Ley General del Ambiente y aún no ha sido impulsada estas acciones, aunque, en prospectiva, hay que considerar cómo se engarza con el modelo a configurar.

ii) Cuando se trata de daño por influjo ambiental (daño ambiental indirecto), este último se encuadra en la clásica institución de responsabilidad civil extracontractual.

iii) Pauta doctrinal propuesta por Raúl Brañes.

En sede civil no se han impulsado acciones por daño ambiental puro (mal denominado daño ecológico puro) que ya existen formalmente desde el 2005 y cuyo impulso no se sustenta en el artículo 82 del Código Procesal Civil, abrogado tácitamente por el artículo 143 de la Ley General del Ambiente, cosa que, al parecer, desconocía el Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema del 2007.

De otra parte, en relación con el daño por influjo ambiental o daño ambiental indirecto, el Código Civil y la responsabilidad extracontractual serían los mecanismos para procesarlos.

d) Justicia penal ambiental

Al respecto, ya se han generado muchas consideraciones y estimativas. Ciertamente, hay que integrar cómo se engarza en una propuesta de modelo de juzgados y tribunales ambientales en general.

e) Justicia consuetudinaria

Habría que considerar medidas y puentes con el enfoque de interculturalidad.

f) Justicia sobre mecanismos alternativos para la resolución de conflictos (MARC) en perspectiva ambiental

Evaluar las implicancias y conexiones de los MARC respecto al sistema de administración de justicia, siempre en perspectiva ius ambiental.

g) Justicia ambiental en el marco de los mecanismos de integración

Considerar las conexiones entre los mecanismos supranacionales de integración y el sistema judicial peruano en perspectiva ambiental.

h) Derecho internacional ambiental

Considerar las conexiones entre los mecanismos y convenios internacionales y el sistema judicial peruano en perspectiva ambiental.

En general, habría que reelaborar o mejorar, conforme a los signos de los tiempos, algunos de los principios rectores del derecho para sintonizar con las tendencias modernas de la justicia ambiental, sin caer en tremendismos, manteniendo el equilibrio y la equidad entre el desarrollo social, el económico y la seguridad ambiental.

2.2.17. El particular caso ambiental. La subsanación de la infracción administrativa como eximente de responsabilidad, a propósito del Decreto Legislativo N.º 1272

La subsanación en el ámbito del derecho administrativo sancionador, con especial énfasis en aquella que se presenta en un procedimiento administrativo sancionador ambiental, lo que implica en virtud de lo señalado en el Decreto Legislativo N.º 1272 la eximencia de responsabilidad y, por ende, el archivamiento del procedimiento.

En la parte final del mismo, se desarrolla y analiza el mecanismo establecido por el nuevo Reglamento de Supervisión del OEFA, el cual tiene por finalidad definir y dotar de contenido, lo que debe entenderse como subsanación voluntaria en el marco de un procedimiento administrativo sancionador ambiental.

Asimismo, se hace referencia a una diferencia conceptual que parece no haber sido entendida del todo: la subsanación de la conducta infractora y la corrección de la misma.

2.2.18. El nuevo Reglamento de Supervisión del OEFA

Como se mencionó en la primera parte, el 3 de febrero del 2017 se publicó en el diario oficial El Peruano el nuevo Reglamento de Supervisión del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N.º 005-2017-OEFA/CD. De acuerdo a la Exposición de Motivos del Reglamento de Supervisión, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones ambientales busca asegurar tanto la prevención de riesgos y daños ambientales, así como la recuperación del ambiente y sus componentes. En el primer caso, puede bastar que el administrado adecúe su conducta a la obligación y, con ello, elimine el riesgo; mientras que en el segundo supuesto, es necesario que este realice acciones para que sea posible la rehabilitación, restauración, reparación, entre otras. (Exposición de Motivos del Nuevo Proyecto de Reglamento de Supervisión del OEFA, 2017, p. 12)

Para lograr tal fin, deben preverse mecanismos que promuevan la subsanación de conductas infractoras, siendo uno de ellos el eximir de

responsabilidad al administrado. En consecuencia, teniendo como punto de partida las condiciones establecidas en el literal f) del numeral 1 del artículo 255 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, **LPAG**) –desarrolladas en el acápite 3 de la primera parte del presente artículo se establecen criterios que permiten determinar aquellas condiciones (concurrentes) bajo las cuales las conductas infractoras son susceptibles de ser subsanadas. (Exposición de Motivos del Nuevo Proyecto de Reglamento de Supervisión del OEFA, 2017, p. 12)

2.2.19. Que la infracción sea subsanable

El carácter subsanable de la conducta infractora depende exclusivamente de la naturaleza de la infracción, al respecto, el Tribunal de Fiscalización Ambiental, en alguno de sus pronunciamientos, ha determinado que cierto tipo de infracciones, dada su naturaleza per se dañina o riesgosa para el ambiente, es insubsanable. Así, por ejemplo, en el caso de exceder los Límites Máximos Permisibles (LMP, se considera que se ha ocasionado un daño al ambiente ya sea potencial o real. En ese sentido, las acciones posteriores al incumplimiento, adoptadas por el administrado a efectos de no exceder el LMP, no revierte la conducta infractora en cuestión. (Resoluciones N.os 039-2016-OEFA/TFA-SEM; 042-2016-OEFA/TFA-SEM; 020-2017-OEFA/TFA-SME).

El numeral 32.1 del artículo 32 de la Ley N.º 28611 establece que el LMP 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.

Asimismo, los LMP son instrumentos de gestión ambiental de tipo control, que fijan la concentración máxima (valores límite) de los parámetros contenidos en las emisiones y efluentes que pueden —legalmente— ser descargados o emitidos a los cuerpos receptores (agua, aire y suelo). Dichos LMP han sido adoptados por el Estado como instrumentos de gestión ambiental para controlar la concentración de las sustancias contenidas en las

emisiones y efluentes que son descargadas o emitidas al agua, aire o suelo, a fin de preservar la salud de las personas y el ambiente. Siendo ello así, los administrados deben cumplir con los LMP, no solo por estar regulados normativamente, sino también porque a través de dicho cumplimiento, evitarán la generación impactos negativos a dichos bienes jurídicos protegidos, es decir, causar daño a la salud de las personas y al ambiente.

Ahora bien, en cuanto a la determinación de ciertas conductas infractoras como insubsanables, han surgido algunos cuestionamientos por parte de estudiosos del derecho ambiental, llegando incluso a señalarse que el Reglamento de Supervisión contradice la LPAG; toda vez que “establecer condiciones sobre qué infracciones ambientales son subsanables, (...) impide a las empresas aprovechar por completo la flexibilización de la LPAG.” y **que** “en lugar de seguir la línea de la LPAG, el OEFA establece [en su nuevo reglamento de supervisión] que primero debe evaluar mediante una fórmula si la infracción es subsanable o no”.

Sobre el particular, considero que al efectuar dichas afirmaciones no se ha tenido en cuenta la naturaleza de la subsanación a nivel administrativo ni lo que ella implica, sobre todo, en el ámbito del derecho administrativo ambiental.

Efectivamente, como se desarrolló en la primera parte del presente artículo, la subsanación como eximente de responsabilidad administrativa en el marco de un procedimiento administrativo sancionador se produce cuando acciones voluntarias desplegadas por un administrado revierten las conductas infractoras que este haya cometido, además de sus correlativos efectos.

Es decir, subsanar implica reparar o remediar un defecto o resarcir un daño ya ocasionado a la administración o a un tercero, debiéndose contemplar no solo la regresión o la cesación de la acción indebida, sino también la remediación del daño ocasionado y la desaparición de las consecuencias (efectos) de la infracción. (Moron, 2014, p. 809-810)

Por tanto, si existe una conducta infractora, cuyos efectos son imposibles de revertir, no podría considerarse como subsanada por más que el administrado haya desplegado acciones para corregir dicha conducta.

Como, por ejemplo, en el caso de exceder los LMP; en el caso de que algún administrado haya implementado un componente no previsto en un instrumento de gestión ambiental, el cual en su construcción no tomó en consideración las medidas de conservación y protección ambientales que todo instrumento exige, o en el caso de no haber presentado reportes de monitoreo a lo cual se encontraba obligado en determinado periodo.

En este punto, es pertinente señalar que esta equivocación entre lo que debe considerarse como subsanación de la conducta infractora y lo que debe entenderse como corrección de la misma, no es privativa de los administrados, pues de la revisión de algunas resoluciones de sanción –emitidas tanto por la primera instancia administrativa como por el Tribunal de Fiscalización Ambiental (Resolución N.º 045-2017-OEFA/TFA-SME) se desprende cierta confusión entre ambos conceptos. Esto se debe a que, por un lado, no se tiene en cuenta que de darse la subsanación de la conducta (cumpliendo con los filtros desarrollados en el presente artículo) no cabe sino el archivo del procedimiento; mientras que en la consecuencia sí se produce únicamente la corrección de dicha conducta mas no la de sus efectos, sería el no dictado de una medida correctiva por innecesaria. Así, por ejemplo, si un administrado despliega acciones con la finalidad de subsanar una conducta infractora sin considerar los efectos irrogados por la misma, por no ser posible ello, no cabría imponer una medida correctiva, dado que dicho administrado ya desplegó acciones a fin de corregir su conducta infractora. Empero, al no haberse mitigado los efectos de dicha conducta, no nos encontraríamos frente a una subsanación, por lo que sería pasible de sanción. (Resolución de Consejo Directivo N.º 007-2015-OEFA/CD)

Asimismo, cabe manifestar que la subsanación no enerva la comisión de la infracción administrativa misma por cuanto esta no desaparece o queda

afectada, sino que a partir de ella se evalúa si corresponde o no eximir de responsabilidad al administrado infractor.

Todo lo señalado va en línea con lo establecido en la misma LPAG12, a partir de lo cual se desarrollan las condiciones para considerar una conducta infractora subsanable, teniendo en cuenta su naturaleza y la particularidad del bien jurídico protegido por el derecho ambiental. Lo indicado no podría ni debería ser tratado por la LPAG, considerando su carácter general.

2.2.20. El acuerdo plenario en medio ambiente

Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía. (Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116)

Ahora bien, el Acuerdo Plenario únicamente se refiere a los delitos de peligro sin indicar qué sucede con las categorías que se encuentran al interior de esta categoría. (Valdivieso, 2012, p. 109). Por ello conviene recordar que, en relación con el grado de afectación del bien jurídico, los delitos pueden clasificarse en delitos de lesión y delitos de peligro, la diferencia estriba en que en los últimos no es necesario que el bien jurídico sea sometido a una situación de peligro que implica su efectiva lesión. A su vez, dentro de los tipos de peligro cabe distinguir entre *delitos de peligro concreto* y *delitos de peligro abstracto*. En los delitos de peligro concreto es necesario que el comportamiento coloque al bien jurídico en una situación de peligro real, existente, concreto, constatable y demostrada en el proceso penal, como los delitos de exposición o abandono de personas en peligro (art. 125 CP), de contaminación ambiental (art. 304 CP). En cambio, los *delitos de peligro abstracto* únicamente se limitan a sancionar un comportamiento por una valoración *ex ante*, ya que el legislador presume, sobre la base de datos estadísticos, que la consecuencia del comportamiento típico es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Ejemplo de estos últimos son los delitos de

conducción en estado de ebriedad (art. 274 CP), tráfico ilícito de drogas en la modalidad de posesión de (art. 296, segundo párrafo CP). (Meini, 2014, p. 88)

Pues bien, ahora corresponde responder si es que en ambas categorías de delitos puede existir un daño indemnizable. Debemos realizar la advertencia previa de que la jurisprudencia y la doctrina nacionales han evadido dar mayores luces que disipen las dudas que puedan surgir en los operadores del derecho nacional.

Dentro de la doctrina nacional, Gálvez Villegas considera necesario destacar que en el derecho penal rige el principio de legalidad, el cual considera que la afectación a un bien jurídico puede realizarse a través de una lesión o una puesta en peligro: esto no ocurre en el ámbito de la responsabilidad civil, el cual siempre atiende a un daño. A su vez, destaca que a la consumación de un delito de peligro suelen añadirse resultados lesivos o dañosos que sí deben repararse, aunque no formen parte de la estructura del delito. Por ejemplo, en el delito de falsificación de documentos, que no requiere de perjuicio para su consumación, puede causarse daño al falsear la realidad en perjuicio de un tercero, por lo que corresponde una reparación civil, no porque el delito de peligro lo haya ocasionado, sino porque este resultado dañoso se añadió al delito.

En suma, según Gálvez (2016), la reparación civil sería únicamente posible en los *delitos de peligro concreto*, los cuales “pueden generar efectos perniciosos indemnizables al objeto de protección concreto y específico del delito y a un agraviado específico” no así en los *delitos de peligro abstracto*, porque “no se pone en riesgo o peligro a objeto de protección alguno, ni siquiera se ha identificado al objeto de protección específico, y menos a su titular o agraviado” (Gálvez, 2016, p. 270).

En relación a los aportes de los autores Vidal (2013), Musso (2016) guarda relación con que el Poder Judicial, enfocado como un gran sistema institucional, debería contar con un sistema de gestión ambiental. Esta exigencia deriva de muchas normas jurídicas, tales como la Ley General del

Ambiente (art. 15), Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (art. 2, aunque no es tan explícita), la Política Nacional del Ambiente (eje de política 3 Gobernanza ambiental: objetivos 3. Construir nuevos modos de producción y vida basados en los principios de la sostenibilidad, la ética, la inclusión social y la justicia ambiental), los Ejes Estratégicos de la Gestión Ambiental (eje: Estado soberano y garante de derechos –gobernanza / gobernabilidad, acceso a la justicia y a la fiscalización ambiental eficaces), entre muchas otras.

Este sistema de gestión ambiental supone organizarse para “cumplir con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país”, en lo que corresponda desde la sede judicial.

De otra parte, no hay que perder la perspectiva de que toda acción humana u organizacional, genera impactos en el ambiente, inclusive lo que en tiempos recientes se denomina la huella ecológica (ambiental) del carbono, hídrica, entre otras acepciones, según el caso. La “huella ecológica”, interpretada en sede judicial, mediría “la cantidad de tierra y agua biológicamente productivas” que el sistema de administración de justicia “requiere para producir los recursos que consume y para absorber los desechos” que genera en dicha actividad (adaptado de *Global Footprint Network*, 2012); o bien, si se quiere, la huella de carbono, como la medida del impacto que provocan las actividades de la administración de justicia en el ambiente, que se “determina según la cantidad de emisiones de GEI producidos, medidos en unidades de dióxido de carbono equivalente”.

Otra exigencia ambiental para el sector público sería la ecoeficiencia (D. S. N.o 009-2009-MINAM y modificatorias). La ecoeficiencia aplicada al sector público (léase administración de justicia) “es sinónimo de competitividad y calidad del servicio dada la magnitud y alcance de los servicios que se ofrecen desde el sector público, tales como: el ahorro de recursos e insumos de trabajo, la eficiencia en el uso de la energía y la minimización de la generación de

residuos sólidos”. (Ver *Guía de ecoeficiencia en el sector público*, disponible en <http://ecoeficiencia.minam.gob.pe/public/docs/28.pdf>).

Los principios que sustentan la política ambiental y el presente Plan de Gestión Ambiental son aquellos principios rectores de la Gestión ambiental y del derecho ambiental contenidos en los tratados internacionales y demás instrumentos de derecho internacional e instrumentos de gestión, así como en las normas nacionales, en particular en la Ley General del Ambiente, Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental y la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En resumen, una dimensión importante de la administración de justicia, como gestión organizacional, viene a ser esta moderna función ambiental (gestión ambiental).

El derecho de acceso ciudadano a la justicia ambiental en sede judicial, ha congregado una serie de propuestas, declaraciones y normas cada vez más especializadas. Desde la Declaración de Río (1992), Declaración de Malmo (2000), Principios de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y la Función del Derecho (simposio mundial de jueces, Johannesburgo (2002)), Declaración sobre justicia, gobernanza y derecho para la sostenibilidad ambiental (Conferencia Río+20 (2012), Iniciativa de establecer el Instituto Judicial Mundial para el Medioambiente (Congreso Mundial de la Naturaleza, Hawai 2016), Iniciativa de la OEA “Protegiendo la Casa Común desde el Poder Judicial” o esfuerzos recientes del Minam, Seminario-Taller Internacional sobre Derecho de Acceso a la Justicia Ambiental (2016), entre otros.

En todas las propuestas arriba mencionadas se propone la implementación del derecho de acceso ciudadano a la justicia ambiental, entendido como que “toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en

forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos” (Ley General del Ambiente). Ello supone un respuesta sistémica que regule la actuación de todos los agentes que operan en el sistema de administración de justicia, cuando se involucren asuntos ambientales y, ciertamente, desarrollos normativos y aplicativos según los escenarios de controversia temático-ambiental.

Tales escenarios han sido “acaparados” por las cuestiones delictivo-ambientales y las constitucionales, sobre todo en procesos de amparo, tendencialmente conexos a derechos humanos. Sin embargo, habría que promover el radio de acción en los roles o aplicaciones ambientales a los procesos de habeas data, Incumplimiento y de acción popular.

En sede civil no se han impulsado acciones por daño ambiental puro (mal denominado daño ecológico puro), que ya existen formalmente desde el 2005 y cuyo impulso no se sustenta en el artículo 82 del Código Procesal Civil, abrogado tácitamente por el artículo 143 de la Ley General del Ambiente, cosa que, al parecer, desconocía el Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema del 2007.

De otra parte, el Código Civil y la responsabilidad extracontractual sería el mecanismo para procesar el daño por influjo ambiental o daño ambiental indirecto. Ciertamente, hay que prestar atención al contencioso administrativo para los casos de controversias provenientes de la justicia ambiental en sede administrativa. Asimismo, hay que estar vigilantes ante algunas malas interpretaciones del arbitraje y la conciliación ambiental, que solo corresponderá a controversias sobre bienes de libre disponibilidad y daños por influjo ambiental.

Lamentablemente, en nuestro país, la preocupación por reprimir penalmente las conductas lesivas al medio ambiente, no surgió de la convicción de proteger este bien jurídico fundamental, sino más bien fue una condición impuesta por los Estados Unidos de Norteamérica con la finalidad de tratar de equipar los costos de producción de sus empresas que pagan altos seguros y costos

ambientales con los de las empresas nacionales que hasta hace poco más de dos décadas no destinaban recurso alguno para que sus actividades de producción fueran o dejaran de ser contaminantes.

Tal y como lo señala el Cabrera (2012): “La necesidad del Estado peruano por suscribir un *Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica* propició toda una reforma legislativa en varios campos de la juridicidad. Para el país del norte resulta indispensable que el Perú adecue su derecho positivo, de acuerdo a cierto estándar normativo, amén de proteger eficazmente los recursos naturales, la fauna silvestre, los derechos intelectuales y la propiedad industrial. [...] Entonces, han sido los compromisos contraídos con Estados Unidos y no la discusión deliberante de los actos involucrados los que han incidido en la reforma político-criminal de los delitos ambientales, contrario a los principios que rigen un Estado constitucional de derecho. Fue entonces, la presión internacional la que encaminó la protección jurídico-normativa. Dicha inferencia no da ha a entender de forma rayana que la reforma penal haya sido equivocada en todos los casos”. (Peña, 2013, P. 51-73)

La presión por lograr la aprobación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, determinó que en nuestro país no se realizará una discusión muy profesional acerca del contenido de los tipos penales y de la proporcionalidad de las penas, pese a que la complejidad propia de la materia ambiental así lo exigía. En ese sentido, debía tenerse en cuenta, por ejemplo, que la técnica de tipificación de los delitos ambientales por excelencia, es la de los tipos penales en blanco. Al respecto, Bramont (2010): “La ley en blanco se limita a establecer que un género de conducta debe ser castigado con una determinada pena, delegando la estructuración de la acción punible en otra disposición”. (p. 23)

Por todas estas razones, desde nuestro punto de vista, hoy por hoy es de recibo en el Perú, lo señalado por Márquez (2007) Buitriago respecto a la situación del derecho penal ambiental en Colombia: “La conclusión evidente es que el derecho penal, al menos en sus actuales condiciones de aplicación, es un instrumento limitado para contener el deterioro del medio ambiente. La

configuración de los tipos penales obedece más a la validación de los intereses del capital que a un compromiso real por la conservación del medio ambiente. El Estado le encarga a la administración de justicia la misión de modelar la sociedad sin instrumentos razonables para hacerlo. Desde esta perspectiva, no podemos desconocer que el derecho ambiental, al menos en el ámbito de regulación del Código Penal, no es capaz de cumplir la exigencia del ‘principio de utilidad’ si asumimos como criterio de medición el nivel de ineficacia en la persecución y represión de los delitos ambientales, como fácilmente podrían constatarlo las estadísticas”. (p. 93-104)

La ausencia de una política ambiental responsable en los delitos ambientales así como la influencia de los intereses económicos en el Poder Legislativo ha determinado, desde mi punto de vista, dos grandes problemas a los operadores jurídicos que ejercen justicia en materia ambiental.

El primero de ellos consiste en que las conductas más lesivas al medio ambiente, es decir, los delitos de contaminación, tales como la contaminación ambiental, la minería ilegal, en tráfico ilegal de residuos peligrosos, entre otros, cometidos en su mayoría por personas y representantes de empresas con gran poder económico, no se encuentran debidamente tipificadas, se reprimen con bajas penas, requieren de actividad probatoria compleja y además, en la mayoría de estos casos, es posible recurrir a los mecanismos de simplificación procesal como el principio de oportunidad etc., generando hasta cierto punto un situación de impunidad ambiental.

A continuación, vamos a desarrollar algunas de las modalidades típicas más recurrentes del delito de extracción ilegal de especies acuáticas a efecto de representar de mejor manera la necesidad de aplicar el principio de mínima intervención penal.

2.2.21. Legislación comparada

Colombia.-

Ricardo Ramírez (2015), afirma que Colombia es uno de los países del mundo que posee mayor riqueza en biodiversidad por la abundancia de bosques y la

presencia de numerosos ríos en su territorio, además de otros factores. A nivel mundial, el país ocupa el segundo lugar en mega biodiversidad, es decir, que alberga tanto la más diversa como la mayor cantidad de especies de fauna y flora del planeta en la extensión de su territorio. Fundamentando que como eje principal propone nuevos parámetros ecológicos dentro del sistema normativo y la protección al derecho ambiente y derecho a una vida saludable. Fundamentando que en las últimas décadas, esta importante riqueza natural ha disminuido notoriamente debido a múltiples causal que han incidido negativamente en la conservación de sus bosques, selvas, flora, fauna, y recursos hídricos e incluso amenazan con destrucción y daños irreparables a las áreas naturales protegidas por el Estado.

Por otro lado la situación de grave riesgo ambiental que actualmente enfrenta nuestro país se debe a una conjugación de variables, todas ellas antropogénicas o generadas por la acción humana, que involucran causales de orden político, económico y social.

Por otro lado en Colombia, la estrategia de desarrollo en la segunda mitad del siglo XX y hasta la década de los noventa, se caracterizó por una política proteccionista, para favorecer el desarrollo industrial nacional. En general, se impulsó el modelo de sustitución de importaciones en combinación con la promoción de exportaciones. A partir de 1990, el país se insertó en la propuesta de globalización promovida por los países de mayor desarrollo tecnológico y concentración de capital. Estos dos tipos de modelos (proteccionismo y globalización) han determinado la forma como ha evolucionado la industria, el comercio y la agricultura colombiana y su interrelación con los recursos naturales y el medio ambiente. (Sánchez Pérez, 2004: 3)

Para la protección del ambiente, Colombia cuenta con una legislación que se ha desarrollado y complementado ampliamente en las últimas tres décadas. Las primeras leyes de defensa ambiental fueron promulgadas por el Instituto Nacional de Recursos Naturales (Inderena), mediante el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto Ley 2811 de 1974). Luego en 1991, como resultado de la nueva constitución política, se reestructuro la protección medioambiental elevándola a la categoría

de “derecho colectivo” y fijando para su custodia mecanismos de conservación que involucran tanto a l Estado como a la ciudadanía en general, especialmente a las comunidades con tradición en el cuidado de la naturaleza, como las indígenas y afrodescendientes.

En desarrollo de los nuevos principios constitucionales y de acuerdo con la declaración emanada de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Rio de Janeiro 1992), se expidió la ley 99 de 1993 que organizo el Sistema Nacional Ambiental (SINA) o conjunto de orientaciones, actividades, normas, programas e instituciones con la intención de unificar criterios en el manejo ambiental, y para supervisar y coordinar el cuidado del medio ambiente se creó el Ministerio del Medio Ambiente. Con esta ley quiso dársele a la gestión ambiental en Colombia una dimensión sistémica, descentralizada, participativa, multiétnica y pluricultural.

El SINA, como sistema de información, le ha reportado inmensos beneficios al país en materia de cuidado ambiental, puesto que ha facilitado el desarrollo coherente y coordinado de políticas ambientales, en beneficio de toda la sociedad. No obstante, para lograr estas loables metas estatales, es necesario cimentar entre la ciudadanía y demás instituciones del Estado una cultura que estime la importancia de la investigación ambiental científica, valore la correcta administración de los recursos naturales de la nación e involucre decididamente a todos en la protección de las reservas naturales (Ramírez, 2015)

Ecuador.-

La Constitución de Ecuador, aprobada mediante referéndum realizado el 28 de septiembre de 2008, es la culminación, en materia ambiental, de un proceso de constitucionalización del medio ambiente que se ha venido desarrollando en los países latinoamericanos. Esta Carta, junto con la de Venezuela y Bolivia, se aprueban en contextos socio-políticos y económicos con amplias similitudes y nuevos paradigmas de gobernar en el continente. Además de los retos intelectuales concernientes a la teoría política que plantean estos nuevos paradigmas, es indudable que en materia jurídica ambiental, los retos son

mayores e igualmente interesantes. En relación con algunos temas ambientales, se resaltan tres que ameritan especial atención, bien por su carácter novedoso, bien por su incorporación en la Constitución de principios que, en otras latitudes, es materia legal. Para analizar un tema de estas características, es necesario recurrir a explicaciones teóricas circunscritas en un marco puramente jurídico; la Constitución no es más que la organización del Estado y del poder, lo cual exige explicaciones desde esa óptica. El objetivo último de toda constitución es lograr un mejor gobierno. Se entiende por tal, la acción de dirigir, conducir a los hombres, las cosas y las relaciones que surgen entre uno y otro, o entre sí, respectivamente. Dentro de estos elementos se encuentra lógicamente la naturaleza y el medio ambiente. (Macia Gómez, 1998)

El arte de gobernar debe partir de una serie de conocimientos, de saberes que permitan prever posibles escenarios futuros con el fin de hacer posible una acción del Estado eficaz. En suma, el arte de gobernar se comprende como una “articulación de un proceso de decisión política, de las condiciones de su aplicación en términos de eficacia y legitimidad en situaciones políticas determinadas”. La legitimidad debe buscarse entonces en las constituciones como la fuente de un poder legal y legítimo. Es decir, con origen en el pueblo, quien actúa como poder constituyente o a través de sus representantes. A partir de las constituciones se logra el consenso de la sociedad en torno de valores que adquieren fuerza jurídica vinculante cuando son consagrados en los textos de las cartas fundamentales. Es indudable, que la nueva Constitución del Ecuador es claro ejemplo de búsqueda de legitimidad mediante la participación del pueblo tanto en su elaboración como en su aprobación. La inclusión de una serie de principios de los pueblos originarios y autóctonos, como integrantes de los nuevos valores del Estado, supone que la sociedad debe aceptarlos y reconocer su vinculación jurídica (Christian Lazzeri & Dominique Reyni, 1992).

2.3. Principios relacionados con el tema

Principio de prevención: Las legislaciones nacionales reflejan este principio, ya que sus normas van dirigidas a adoptar una serie de cautelas que deben

aplicarse cuando se trata de iniciar actividades como requisito indispensable para que procedan las autorizaciones ambientales, como permisos, licencias, concesiones, entre otros. Es parte de la intervención estatal que de forma obligatoria debe ejercerse.

Principio del ordenamiento ambiental: El principio del ordenamiento ambiental es básico para el derecho ambiental. En un inicio se desarrolló como una técnica del urbanismo, para luego ampliar su contenido a las leyes de uso y conservación del suelo, planes y programas públicos y, más modernamente, las áreas críticas de contaminación, la zonificación y las reservas de parques y monumentos naturales y culturales.

Principio de calidad de vida: La noción de calidad de vida es otro de los principios que han adquirido validez generalizada, no bastando, con considerar únicamente la idea de comodidad y buenos servicios. Se acepta hoy día la noción de vida como integrante del concepto jurídico ambiental. Esta posición hará posible incluir como derecho ambiental, además de los aspectos relativos a la alimentación, los derechos del consumidor en general y de especialidades medicinales en particular. Lo mismo con lo referente al valor de los órganos humanos, el derecho del deporte, a la información y a los aspectos culturales.

2.4. Conceptos relacionado con el tema

Daño ambiental

La imposición de una obligación de reparación civil en el proceso penal presupone la verificación de la existencia de un daño causado. El daño ambiental se define como: “Todo cambio perjudicial en las características físicas, químicas, o biológicas del aire, tierra o agua que pueda afectar nocivamente la vida humana y las materias primas”. Se podría afirmar entonces que daño ambiental es toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente. (Gonzales, 2001 p. 69)

Delitos ambientales

Precedentes como este dan cuenta de la efectividad de esta modificatoria, un logro del Ministerio del Ambiente, capacitado para ejercer adecuadamente las funciones de fiscalización y control del cumplimiento de esta norma, ya que cuenta con jueces ambientales y especialistas del Ministerio Público en todo el país. Esto pueden imponer penas privativas de la libertad de tres años como mínimo y diez años como máximo, dependiendo de la gravedad del delito.

III. METODOS

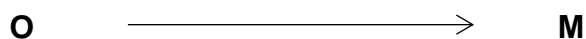
3.1. Tipo y diseño de la investigación

3.1.1. Tipo de investigación

El tipo de la presente investigación realizada fue tipo aplicada, porque tuvo como objeto describir y explicar sistemáticamente una realidad concreta que ocurre en nuestro entorno social jurídico, reconociendo en ellas sus características y las variaciones o sus condiciones, para así poder plantear propuestas y de esa manera logramos dar las soluciones respectivas.

3.1.2. Diseño de la investigación

El diseño que realizamos es No experimental transaccional – simple, porque no se manipuló ninguna variable, solo se observó tal como ocurre en la realidad socio jurídica, la información y acopio de datos se realizó un solo momento en el tiempo y espacio. La investigación que se realizó tiene el diseño No experimental en su variante cuasi experimental simple, cuyo esquema es:



3.2. Variables, Operacionalización

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	TECNICA INSTRUMENTO
<p>VARIABLE DEPENDIENTE:</p> <p>ROL DE LA OEFA</p>	<p>Constitución Política del Perú</p> <p>Ley General del Ambiente 28611</p> <p>Código Civil Peruano</p>	<p>Artículo: 66, 67 y 68.</p> <p>Artículos: 144, 146, 147 y 142.2.</p> <p>Artículo: 1969 y 1970.</p>	<p>Encuesta</p> <p>Cuestionario</p>
<p>VARIABLE INDEPENDIENTE:</p> <p>DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO</p>	<p>Constitución Política del Perú</p> <p>Código Penal Peruano</p>	<p>Artículo: 66, 67 y 68.</p> <p>Título XII</p> <p>Artículo: 304 al 314</p>	<p>Encuesta</p> <p>Cuestionario</p>

3.3. Población y muestra

3.3.1. Población:

Se considera como población para efectos de la presente investigación, los abogados especialistas en Derecho Administrativo y Ambiental.

3.3.2. Muestra:

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

Muestra preliminar

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

$$E^2$$

$$N = .$$

Z= límite de confianza para generar los resultados.

Pq= campo de variabilidad del fenómeno a investigarse

P= representa aciertos

Q= representa errores

E= nivel de precisión

$$n = ?$$

$$Z = 2.06$$

$$p = 0.9$$

$$q = 0.1$$

$$E = 0.04$$

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

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

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

$$n = 238.7$$

$$n = 239$$

Muestra ajustada

$$N_0 = \frac{n}{1 - \frac{1}{N}}$$

$$1 - \frac{1}{N}$$

N

N⁻ valor de la muestra inicial

N= universo de formación

N₀=muestra ajustada o corregida

$$n = 239$$

$$N = 400$$

$$n_0 = ?$$

Muestra Ajustada

$$\frac{n}{1 - \frac{1}{N}} = n_0$$

$$\frac{1+n-1}{N}$$

$$N_0 = 239$$

$$\frac{1+239-1}{400}$$

$$N_0 = 239$$

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

$$N_0 = 230$$

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

$$N_0 = 99.8$$

$$N_0 = 100$$

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.

Técnicas	Instrumentos
El fichaje	Fichas textuales y resumen para el recojo de información a las fuentes de información para el marco teórico.
Encuesta	Ficha de encuesta tipo cuestionario se aplicó a abogados y personal de la OEFA.

3.5. Métodos de análisis de datos

3.5.1. Trabajo de campo

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

3.5.2. Trabajo de gabinete

Presentación de Datos. - Los datos obtenidos serán presentados de la siguiente manera (Castañeda, 2010, p. 30):

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

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

a. Tabulación de datos; a los datos que hayan pasado el procedimiento de crítica y discriminación de datos, y que se encuentran presentados en fichas, cuadros, gráficos y otros, se les asignará un código a cada ficha, cuadro, gráfico u otro, el cual se hará teniendo en cuenta el esquema de investigación que se anexa al final del presente proyecto de investigación. (Castañeda, 2010, p. 26)

b. Tratamiento de datos: Los datos que hayan sido tabulados, serán ordenados de acuerdo al código que se les haya asignado, para su correspondiente análisis, conforme a lo propuesto en el método de análisis, expuesto precedentemente. (Castañeda, 2010, p. 26)

3.6. Aspectos éticos

De los criterios citados según Belmont (1979) en su informe sobre “Principios éticos y normas para el desarrollo de investigación que involucran seres humanos” utilizaremos los siguientes:

Autonomía: Es la capacidad de las personas de deliberar sobre sus finalidades personales y de actuar bajo la dirección de las decisiones que pueda tomar. Todos los individuos deben ser tratados como seres autónomos y las personas que tienen la autonomía mermada tienen derecho a la protección.

Beneficencia: “Hacer el bien”, la obligación moral de actuar en beneficio de los demás. Curar el daño y promover el bien o el bienestar. Es un principio de ámbito privado y su no-cumplimiento no está penado legalmente.

Justicia: Equidad en la distribución de cargas y beneficios. El criterio para saber si una actuación es o no ética, desde el punto de vista de la justicia, es valorar si la actuación es equitativa. Debe ser posible para todos aquellos que la necesiten. Incluye el rechazo a la discriminación por cualquier motivo. Es también un principio de carácter público y legislado.

IV. RESULTADOS

RESULTADOS EN FUNCION AL ROL DE LA OEFA Y SU EFECTIVIDAD PARA ASEGURAR EL DERECHO A VIVIR EN UN AMBIENTE SANO EN EL AÑO 2015.

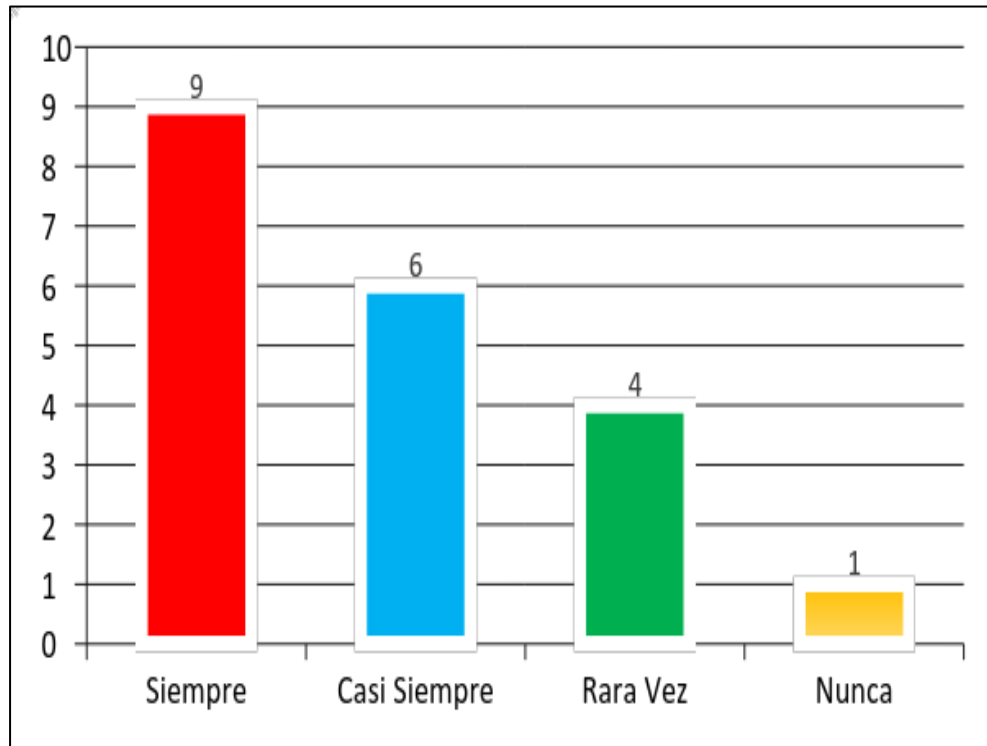


Figura N° 01: Rol de la OEFA

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si considera que el rol de la OEFA, como organismos internacional salvaguarda de manera directa el bien jurídico protegido como lo es cuidado del ecosistema, se tiene que el 45% considera **Siempre**, mientras que el 30% **Casi Siempre**, por otro lado el 20% a **Rara vez**, y de igual manera el 5% refiere que **Nunca**.

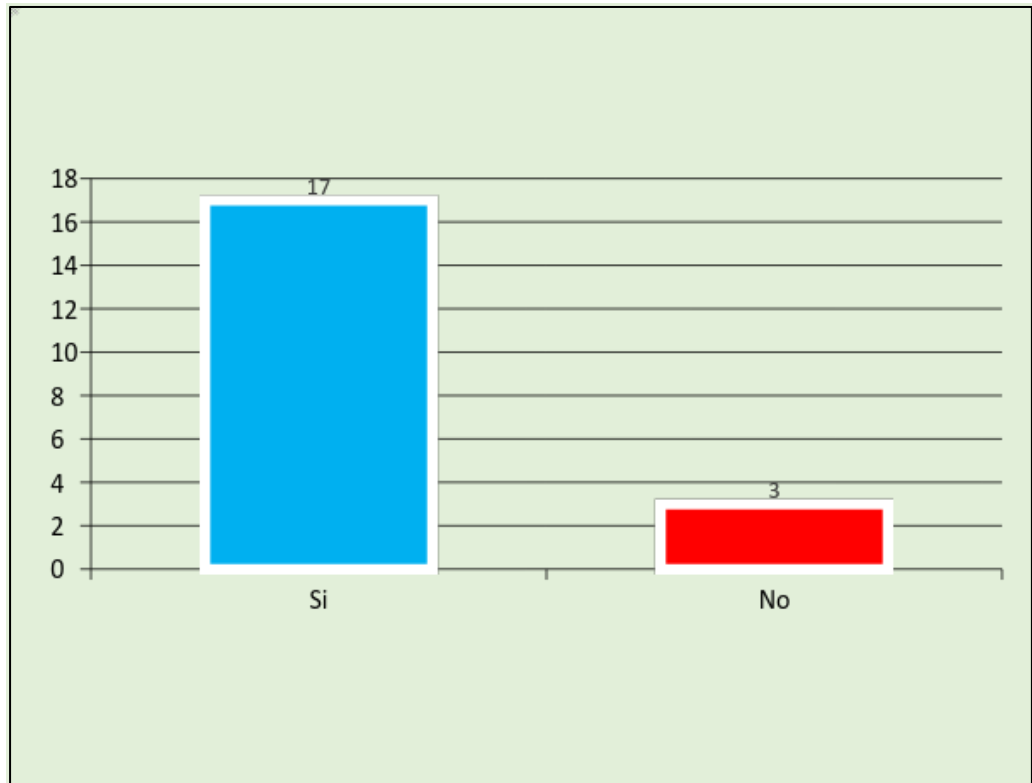


Figura 2: Norma existente

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

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

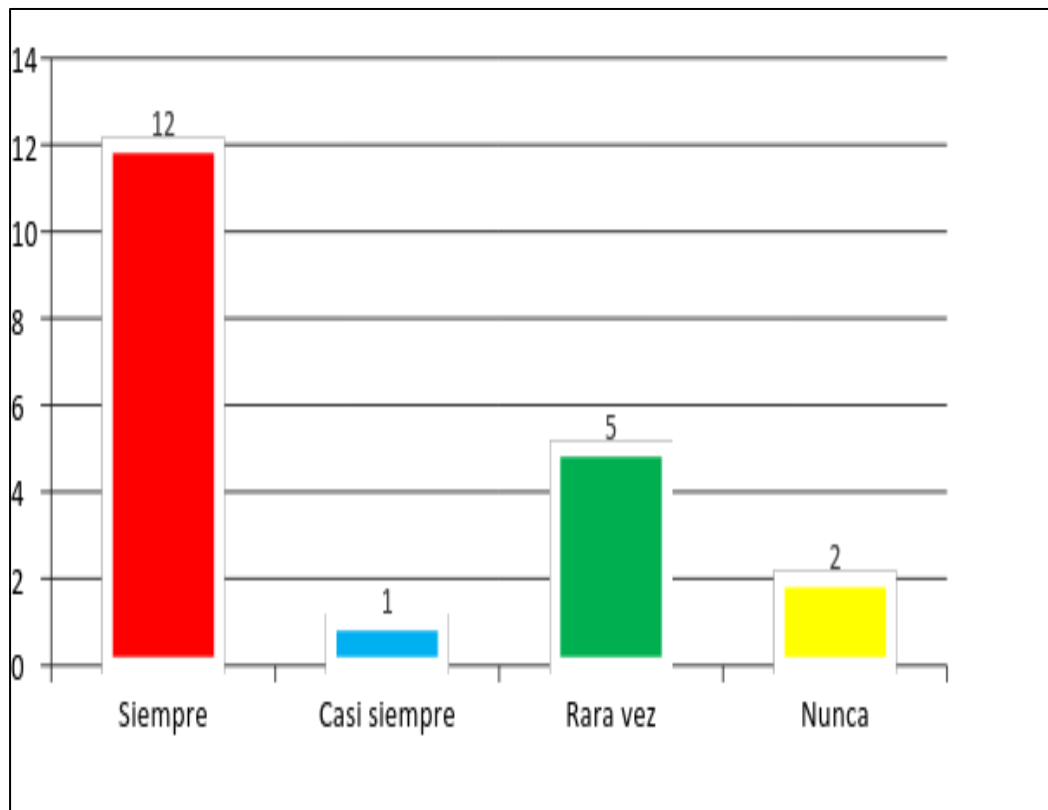


Figura 3: Fragmentariedad de la ley

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

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

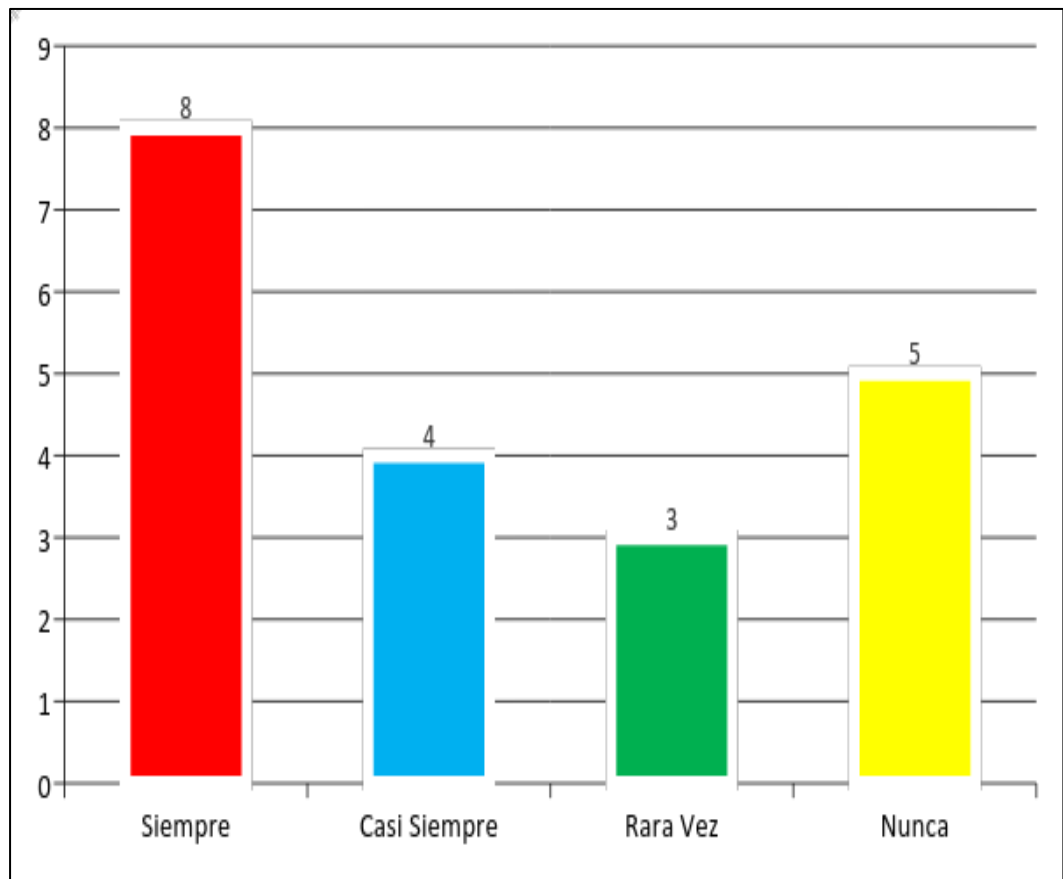


Figura 4: El rol del estado

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

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

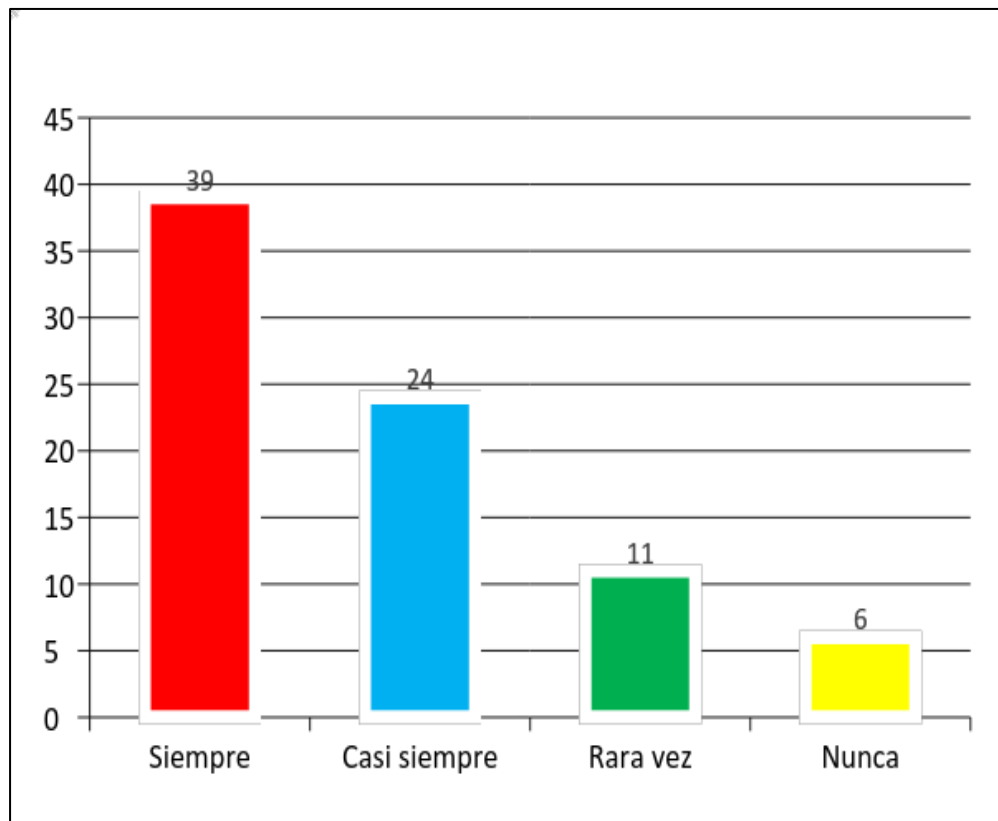


Figura 5: Misión de la OEFA

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

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

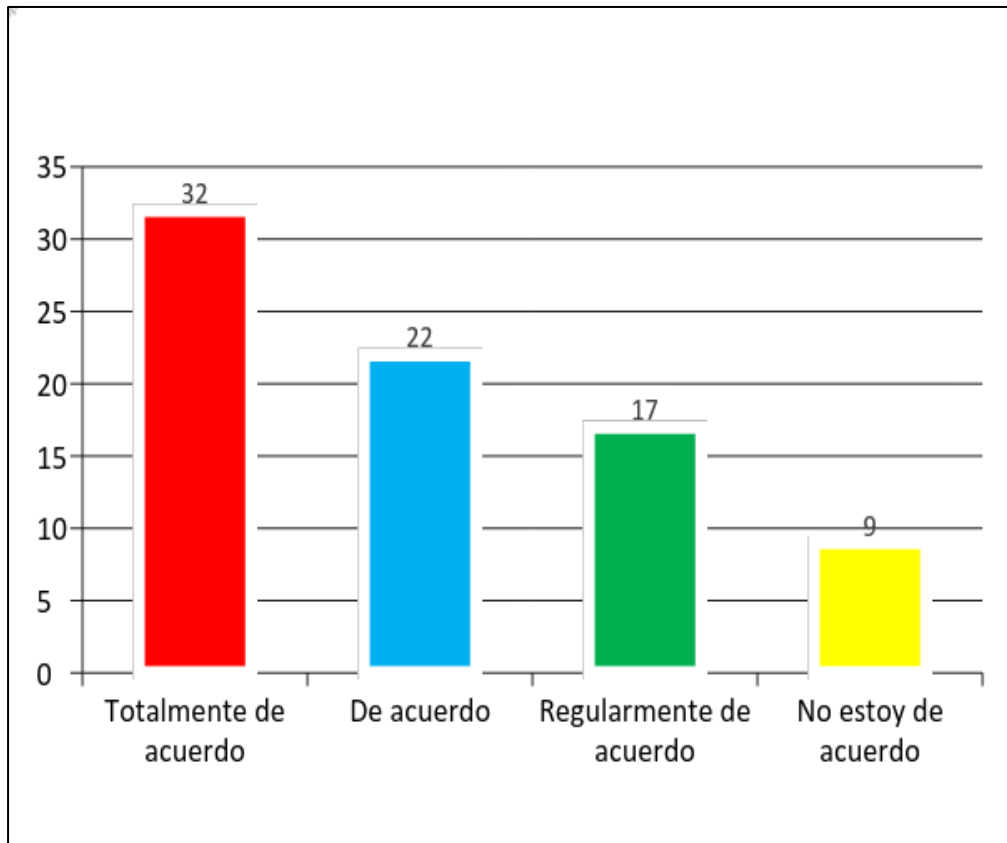


Figura 6: Sanciones

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

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

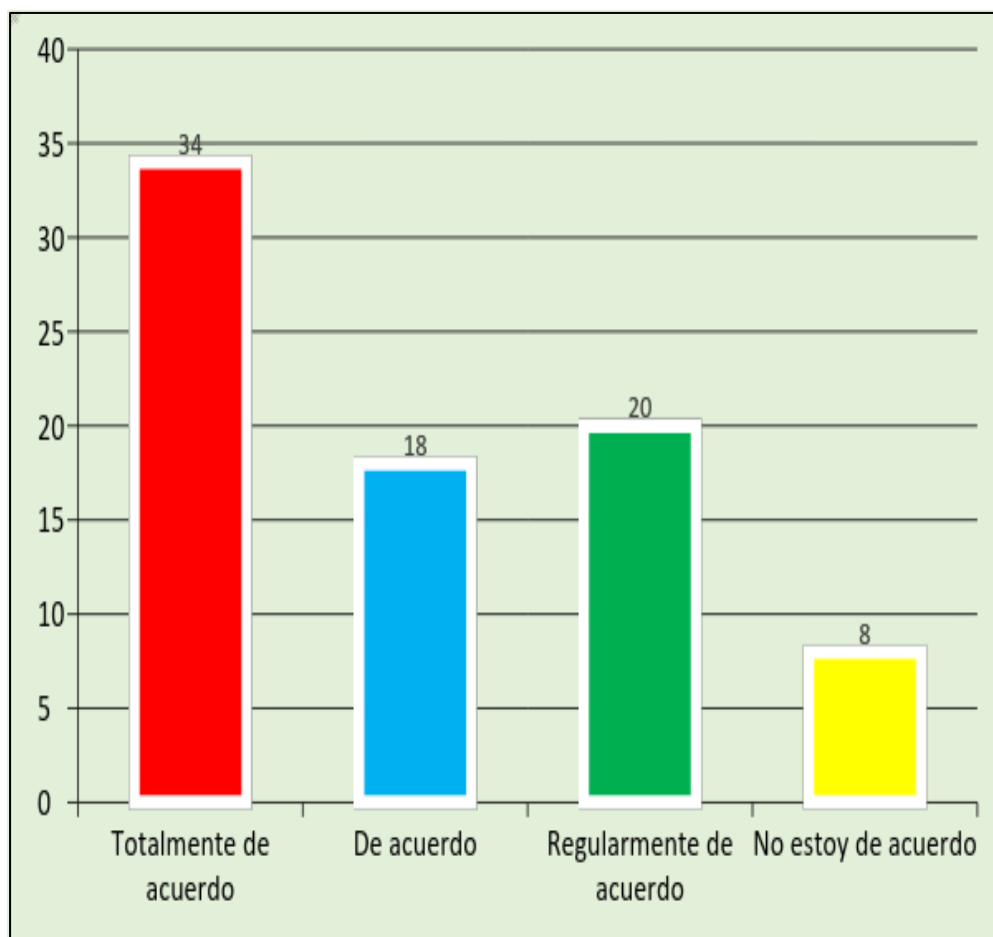


Figura 7: Empirismos aplicativos

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

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

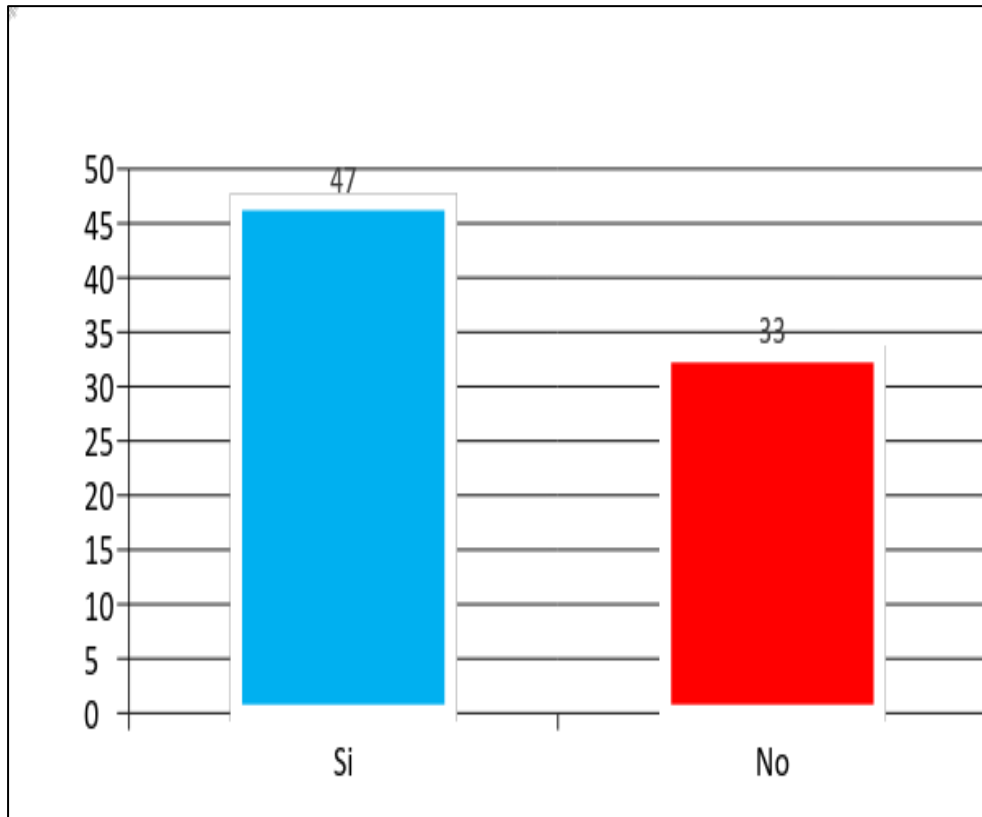


Figura 8: El Propuesta de la OEFA

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

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

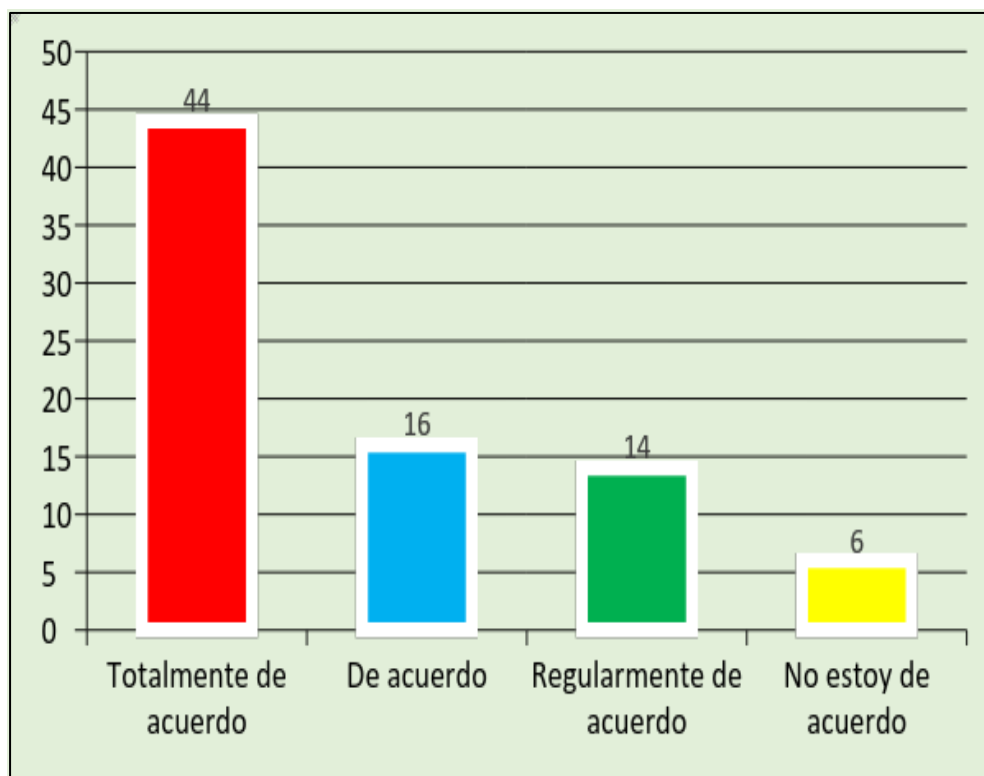


Figura 9: Implementación de nueva norma

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

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

V. DISCUSIÓN

Se puede apreciar que dentro de los resultados se determinó que la reparación del daño ambiental, es uno de los temas mucho más modernos y complejos que enfrenta el instituto de la reparación civil a tal punto que reiterada doctrina ha señalado que las categorías utilizadas para determinar la responsabilidad civil no son instrumentos muy útiles a la hora de fundamentar un daño ambiental. En ese sentido hay quienes señalan que “debe reconocerse que la responsabilidad civil no es un instrumento jurídico creado para la defensa del medio ambiente; lo que se protege es la salud de las personas y la propiedad, y de esta protección se deriva la protección al ambiente”. (Lucia, 2000 p. 206)

El daño ambiental que se genera en la comisión de un delito de contaminación, presenta una concepción doctrinaria y características particulares en comparación al daño civil tradicional; por ello los conflictos sobre esta materia no podrán ser resueltos eficazmente con las normas del Código Civil (arts. 1969 y 1970), por ser estas insuficientes, una mayor precisión es la establecida en las disposiciones normativas contenidas en la Ley General del Ambiente (Ley N.º 28611).

La reparación del daño ambiental es uno de los temas mucho más modernos y complejos que enfrenta el instituto de la reparación civil a tal punto que reiterada doctrina ha señalado que las categorías utilizadas para determinar la responsabilidad civil no son instrumentos muy útiles a la hora de fundamentar un daño ambiental.

Tratándose de un delito de contaminación ambiental con presencia de daño al medio ambiente, se deben establecer de manera primordial formas de reparación in natura, ya que solamente de esta manera se logrará una efectiva reparación del medio ambiente, lamentablemente en diversos pronunciamientos de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales, a los que hemos tenido acceso, observamos que sin mayor fundamentación únicamente se limita a formular pretensiones de pago de sumas dinerarias, olvidándose de solicitar una medida de reparación mucho

más concreta destinada a reparar el daño ambiental ocasionado en determinada localidad. (Lucia, 2000 p. 206)

La investigación desarrolla las razones concretas por las cuales consideramos que la reparación civil en un proceso penal por la comisión del delito de contaminación ambiental debe contener en principio una pretensión de reparación in natura, es decir, una pretensión que tenga por finalidad regresar a la situación ambiental existente antes de que se cometiera el ilícito ambiental para ello analizaremos las particularidades del daño ambiental y los elementos de la reparación civil.

La subsanación debe producirse antes de la notificación con la imputación de cargos, en concordancia con lo establecido por la LPAG.

Cabe recordar que lo señalado no implica que la presentación de medios probatorios que acrediten la subsanación tengan que presentarse antes del inicio del procedimiento, pues por la dificultad de obtención de dichas pruebas, su presentación podría aplazarse hasta incluso después de iniciado el procedimiento. En esta misma línea, toda vez que existe la posibilidad de que se detecten nuevos efectos de la conducta infractora adicionales a los conocidos antes del inicio del procedimiento, es sumamente importante que las autoridades intervinientes en un proceso administrativo sancionador puedan evaluar todo lo concerniente a la subsanación.

Podría darse el caso, por ejemplo, que la autoridad de supervisión o la misma autoridad decisora consideren como subsanada determinada conducta infractora lo cual en el momento de su evaluación implicaba la atenuación de la sanción y no la exigencia de responsabilidad, por lo que no impedía el inicio o continuación del procedimiento administrativo sancionador sin que se hayan evaluado ciertos efectos de la conducta que por su naturaleza o complejidad de detección no hubieran podido ser previstos de no mediar un procedimiento administrativo sancionador.

En suma, de acuerdo al mecanismo establecido por el Reglamento de Supervisión del OEFA en el marco de lo dispuesto por la LPAG, existen

una serie de filtros, los cuales a medida que van siendo superados por las acciones del administrado destinadas a subsanar la conducta infractora determinan o no si dicha conducta ha sido subsanada.

Así, una vez determinada la comisión de una conducta infractora, cabe preguntarse: ¿el administrado acreditó la subsanación de la conducta infractora antes del inicio del procedimiento, con medios probatorios fehacientes y de manera voluntaria? (primer filtro), previo análisis de la naturaleza de la conducta infractora.

En el marco del literal f) del artículo 255 del TUO de la LPAG, si la respuesta es no, se continúa con la tramitación normal del procedimiento administrativo sancionador; esto es, no hay subsanación. Si la respuesta es sí, se pasa a la siguiente pregunta: ¿ante qué tipo de daño estamos? (segundo filtro). Esta pregunta tiene dos posibles respuestas: daño real o daño potencial.

El daño potencial es la puesta en peligro, el riesgo o amenaza de daño real al bien jurídico protegido (la salud y vida de las personas, así como de la flora y fauna). Dicho concepto se condice con el principio de prevención, el cual establece como un objetivo prioritario de la gestión ambiental evitar la degradación del ambiente. Por otro lado, el daño real es la lesión, detrimento, pérdida, impacto negativo, perjuicio, menoscabo, alteración, afectación o daño concreto al bien jurídico protegido.

Es pertinente señalar que dicha distinción ha sido ampliamente criticada, toda vez que se confunden los conceptos de daño y riesgo, a partir de una errada determinación de lo antijurídico, confirmado por la evidente contradicción que significa imponer una sanción por un daño ambiental, pero no exigir la reparación. (Vargas 2015, pp. 99 y 100)

Para dar respuesta a esta última pregunta, es necesario aplicar la metodología contenida en el nuevo Reglamento de Supervisión, la cual puede arrojar tres niveles de riesgo: leve, moderado o significativo. El primer tipo de riesgo implica un incumplimiento leve y, por ende, sí cabe la

subsanción, mientras que los riesgos moderados o significativos implican un incumplimiento trascendente respecto del cual no cabe la subsanción.

En principio, debo señalar que considero adecuado el establecimiento de la subsanción de la conducta infractora como eximente de responsabilidad administrativa, en el sentido que dicha medida genera incentivos en los administrados, quienes a fin de evitar encontrarse inmersos en un procedimiento administrativo sancionador y todo lo que ello implica desplegarán acciones a fin de subsanar su conducta infractora y los efectos que ella hubiere causado al ambiente.

Asimismo, si de costos se trata, no debe pasarse por alto la onerosidad que representa un procedimiento administrativo sancionador para la administración pública; ello sumado a que las infracciones por naturaleza subsanables desde la perspectiva ambiental son aquellas que no ocasionan daño ni generan un riesgo moderado o trascendente, genera que los recursos de la administración sean eficientemente utilizados, destinándose a perseguir y sancionar infracciones, cuyo impacto al ambiente es intolerable en un Estado de derecho. (Decreto Supremo N.º 064-2010-PCM)

No obstante ello, es importante señalar algunas circunstancias que deben ser mejoradas o aclaradas. Así, por ejemplo, si bien la Única Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de Supervisión establece que dicho reglamento se aplica a las supervisiones efectuadas con anterioridad a su vigencia, lo cual implica que tanto la primera instancia como el Tribunal de Fiscalización Ambiental puedan aplicarlo, toda vez que la Dirección de Supervisión al culminar la supervisión no tendría más intervención que efectuar respecto de ella, sería conveniente que se establezca expresamente que dicho reglamento es aplicable por todos los estamentos involucrados en un procedimiento administrativo sancionador ambiental a fin de evitar controversias.

VI. CONCLUSIONES

1. En este sentido, se advierte que si un ecosistema ya se encuentra afectado pero aun así proporciona sus funciones físicas, biológicas y químicas, y a su vez, garantiza la calidad ambiental para las personas que se sirven de ese ecosistema, se podrá determinar el perjuicio, alteración y daño con base en ese estado en el que se encuentra e imputar el delito de contaminación ambiental; así como se podrá archivar un caso si el estado anterior de un ecosistema es excesivamente deplorable, imposible de ser más contaminado, que ya no podría existir mayor lesión para ese bien jurídico, tal como se explica en el siguiente ejemplo: La acción típica puede afectar (o ser apta para afectar) el equilibrio de un sistema natural, aunque con anterioridad a la realización del acto de contaminación dicho ecosistema hubiese sido objeto ya de intervenciones humanas que hubiesen supuesto un menoscabo para ellos.
2. Al respecto, es necesario mencionar que la calificación reglamentaria no debe relacionarse con este informe técnico fundamentado exigido por la LGA. El informe fundamentado solo contiene, entre otros aspectos formales, información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas o reportes presentados por los administrados involucrados en la investigación penal, es decir, describe cada circunstancia en cada caso concreto; por tanto, dicho informe no puede obtener la categoría de calificación reglamentaria, la cual se caracteriza por su aplicación general, no solo un informe técnico no es una calificación reglamentaria, sino que una de sus particularidades es que carece de carácter vinculante, lo que no se condice con el tenor del tipo penal que vincula la decisión del juez a lo dispuesto reglamentariamente por la autoridad ambiental.
3. En tal sentido, el juez deberá acudir a la reglamentación, ya sea específica o general, dada por la administración pública, en la que haya establecido que determinadas conductas ocasionan un

perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental. Sin embargo, pese a ello, el juez previamente debe considerar algunos criterios de gravedad, como por ejemplo la probabilidad mayor o menor de lesión y la dimensión de la lesión previsible en función de la extensión del espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación o incidencia. Asimismo, entre los supuestos de perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, sus componentes, salud y calidad ambiental establecidos en la reglamentación administrativa tenemos el D. S. N.º 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, cuyo numeral 2 del art. 147 establece las infracciones graves relacionadas al inadecuado manejo de los residuos sólidos que pueda generar afectación a la salud pública y al ambiente; las diversas ordenanzas municipales que fijan las infracciones por contaminación acústica según los decibeles excedidos; la normativa por exceso de LMP en efluentes y emisiones; la normativa emitida por el OEFA referente a las actividades de su competencia.

VII. RECOMENDACIONES

1. Por su parte, el daño ambiental ha sido definido en la Ley General del Ambiente (LGA) como todo menoscabo material que sufre el ambiente o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales. Este concepto generalmente se vincula con una definición proveniente del derecho civil, donde sí es necesario que exista un daño para atribuir responsabilidad al sujeto. Por tanto, cualquier referencia de daño ambiental en el ámbito penal estará vinculada a la lesión efectiva del ambiente o sus componentes, y no al peligro concreto o abstracto de afectación de estos. Se podrá archivar un caso si es que el estado anterior de un ecosistema es excesivamente deplorable e imposible de ser más contaminado, ya que no podría existir mayor lesión para ese bien jurídico.
2. Sobre estas posturas, considero que tanto la resistencia como la regeneración de los ecosistemas requieren de un estudio técnico-científico exhaustivo que analice la capacidad de soporte o reconstrucción de los mismos ante las perturbaciones que puedan generarse, lo que implicaría, incluso, años de investigación para llegar a una conclusión. Además, estos criterios, no consideran que los ecosistemas, la mayoría de veces, no se encuentran en su estado natural, dado que algunos ya están alterados (altamente contaminados), ya sea por factores naturales o humanos; en tal sentido, no podría calificarse una conducta como un delito ambiental, pues ya no podría hablarse de una lesión o puesta en peligro grave de un bien jurídico que ya se encuentra deteriorado, ya sea porque el bien jurídico no resistirá más o porque su regeneración se tornaría más lenta.
3. Por esta razón, estimo que debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 9 de la LGA, el cual dispone que la finalidad de la política ambiental es mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo. De esta manera, se debe proteger la permanencia de ecosistemas saludables, viables

y sobre todo funcionales. Sobre el funcionamiento de los ecosistemas, “la lesividad al medio ambiente o sus componentes no se expresa como destrucción o eliminación, sino como pérdida o peligro concreto de pérdida de su estabilidad funcional”. Este criterio debe entenderse como el conjunto de funciones físicas, biológicas y químicas que cumplen los ecosistemas, y que permiten la interrelación de sus componentes. Conforme a ello, el perjuicio, alteración y daño se determinará sobre el criterio de funcionamiento de los ecosistemas. No obstante, este criterio debe ir de la mano con el criterio del estado anterior, quien explica que se podrá determinar la afectación del bien jurídico cuando los sistemas naturales se encuentran en desequilibrio, el cual no debe ser entendido como la situación en que los sistemas naturales se encuentren inalterados.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

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

Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano (1981) “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Volumen 1, N° 3. Setiembre-diciembre 1981. Pág. 170.

Directiva N°0010-2015-ONAGI-DGAP.

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

Fernández S. Carlos. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Editorial San Marcos, Lima, edición 2004, pág. 129.

Ferrajoli, Luigi (2000) *Derecho y Razón*, cit págs. 883 y 906.

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

García B. Domingo, (2007) *Constitución y Política*, 3ra. Edición revisada y corregida, Lima, 2007

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

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

LANDA, Cesar. “Dignidad de la persona humana”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N°7. UNAM. México, julio – diciembre de 2002. Pág. 110.

Las Autoridades Políticas, son los Prefectos.

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

Página Oficial de la Oficina Nacional de Gobierno Interior. (2016) Antecedente:
Dirección Nacional de Gobierno Interior – DGGI. Recuperado de
<http://www.onagi.gob.pe/portal/onagi/detalle/Resena/8>

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

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

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

TUPA del MININTER/DGG

ANEXOS

TEXTO NORMATIVO:

Proyecto de Ley N°.....

PROYECTO DE LEY

Los congresistas de la Republica, en función que suscriben, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, presentan el proyecto de ley:

FORMULA LEGAL:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la siguiente Ley:

**LEY QUE INCORPORA EL ARTICULO N° 5 EN LA LEY 292633,
EN RELACION AL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD EN LOS
DELITOS AMBIENTALES**

ARTICULO N° 1

Incorpórese el artículo n° 5 en la presente ley, respecto a la fragmentariedad como principio de determinación de las conductas ilícitas ambientales penalmente relevantes, estableciendo:

Que los alcances del principio de fragmentariedad en la interpretación del tipo penal de contaminación ambiental. Para tales fines, desarrolla los conceptos de “perjuicio”, “alteración”, “daño” y los criterios que guían su aplicación en el bien jurídico “estabilidad de los ecosistemas”, así como la determinación de la gravedad de los ilícitos ambientales conforme a la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

DISPOCISIONES COMPLEMENTARIAS

Primera: Adecuación de normas

La presente ley se adecuara a la normativa nacional, en un plazo no mayor de 60 días calendarios.

Segundo: Vigencia

La presente ley entrara en vigencia al día siguiente de su publicación.

Comuníquese al Señor Presidente de la Republica para su promulgación.