

Nº 210
Año LXIX
Julio-Diciembre 2001
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE Y ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO PENAL PERUANO: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CASO "LUCCHETTI"

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO*

1. INTRODUCCION

La protección penal del medio ambiente se plantea hoy en día como uno de los tópicos paradigmáticos del moderno Derecho Penal. Es que en el Derecho Penal del medio ambiente se reúnen todos los problemas que hoy preocupan a la doctrina penal: la responsabilidad de empresas, la legitimidad de los tipos penales abiertos y de las figuras de peligro, la accesoriedad administrativa, etcétera.

Este trabajo, aunque analiza la regulación penal medioambiental peruana, adquiere interés y actualidad para el lector chileno al plantearse hace unos pocos meses una seria polémica, tanto mediática como jurídica, respecto a la presencia de una sede de la empresa Lucchetti en las cercanías de los Pantanos de Villa, reserva ecológica ubicada a las afueras de la ciudad de Lima y la decisión del municipio limeño de clausurar dicha sede.

Y se ha optado por analizar la cuestión de la accesoriedad administrativa del Derecho Penal pues uno de los aspectos que abonaban a favor de la empresa chilena Lucchetti (Filial Perú) y su permanencia en la sede de Chorrillos era que contaba con los respectivos estudios de impacto ambiental aprobados por el Instituto de Recursos Naturales, organismo dedicado a la protección ambiental, lo que suponía que la actividad industrial desarrollada por la empresa chilena carecería de potencialidad lesiva respecto a la estabilidad del ecosistema.

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (Perú). Estudios de Postgrado en la Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú).

2. APROXIMACION A LA PROTECCION PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

§ 1. El Derecho, inicialmente, se introdujo al ámbito medioambiental mediante la protección de sus diversos elementos, por Eser, denominados "campos parciales"¹, no obstante, la tutela jurídica se caracterizaba, en estos casos, más que por la necesidad de conservar el ambiente, por la "optimación unilateral de una explotación orientada hacia los hombres de manera puramente antropocéntrica"², es por eso que "tal protección refleja del ambiente en siglos pasados era especialmente individualista y, por tanto, muy localizada [...], en cierto modo, 'microcósmica'"³.

De esta manera, ya desde el Código de Hammurabi (siglo XVII a.c.), la prohibición de sobreexplotar a los animales se encontraba concebida más en atención a la conservación de su capacidad de trabajo a favor del ser humano que a la subsistencia de la especie.

De igual forma, en el Derecho Romano la muerte de un animal era comprendida como un acto que perjudicaba las posibilidades de explotación agrícola.

Posteriormente, durante la Alta Edad Media, el Derecho Municipal concedió cierto nivel de protección al medio ambiente, en tanto coincidía con ciertos intereses del hombre. En la misma línea aparecen las regulaciones municipales sobre eliminación de residuos y protección de aguas, en la medida que la tutela se encontraba destinada más a la conservación o mejora de las condiciones de vida⁴.

Otro antecedente, usualmente referido en el ámbito del Derecho Internacional, resulta ser el Tratado JAY (1794), suscrito entre los Estados Unidos de América y Gran Bretaña, en virtud del cual se daba tratamiento a una serie de cuestiones de derecho marítimo con implicancias medioambientales evidentes. A éste le siguieron en América del Norte y Europa, durante el siglo XIX, una serie de tratados destinados a la regulación de la calidad de las aguas internacionales y fronteras⁵.

También la RStGB de 1871 que sancionaba el maltrato contra los animales,

¹ Eser, Albin. "Derecho Ecológico", trad. De La Cuesta Arzamendi & Sanz Morán. en: el mismo. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, pág. 122, primera edición, Idemsa, Lima, 1998.

² Ibidem, pág. 122. Muy similar Rojas Amandi destaca que el objeto fundamental en esa época era "satisfacer las necesidades de explotación de los recursos naturales"; en: Rojas Amandi, Víctor Manuel. "El Derecho Internacional Público del medio ambiente al inicio del siglo XXI", en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen II, pág. 338, México, 2002.

³ Eser, Albin. Op. cit., pág. 123.

⁴ Ibidem, págs. 122-123.

⁵ Rojas Amandi, Víctor Manuel. Op. cit., pág. 337.

fue guiado más por el sentimiento de "compasión" sobre éstos que con relación a la conservación de la fauna⁶.

Todas las anteriores manifestaciones legislativas constituyen lo que la doctrina denomina actualmente "legislación común de relevancia ambiental" o "legislación de relevancia ambiental casual", que son aquellas normas que carecen de mayores propósitos en materia ambiental pero que regulan aspectos de derecho común que inciden en la protección ambiental, así como manifestaciones de "legislación sectorial de relevancia ambiental", que son aquellas normas que regulan la protección de ciertos elementos ambientales (agua, fauna, etcétera)⁷.

§ 2. La protección jurídica del medio ambiente ha cobrado, qué duda cabe, especial connotación en las últimas décadas, en donde se comienza a gestar un "derecho ambiental"⁸. Ya en junio de 1972, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano celebrada en Estocolmo, se dio la voz de alarma respecto al estado del planeta y de sus recursos, lo que significó la puesta en agenda mundial del problema medioambiental⁹.

Este interés por los problemas del ambiente era tributario de los efectos que diversos eventos venían produciendo en el entorno natural. Derrames de aceite en la costa norte de Francia y la declaración de científicos suecos en el sentido de que la muerte de diversas especies en los lagos del país era consecuencia del traslado de la polución desde el oeste de Europa¹⁰, daban cuenta de un problema cada vez más preocupante.

El discurso medioambiental, pese a comenzar a adquirir importancia, no tuvo repercusión mundial durante dicha época, focalizándose el interés por proteger el medio ambiente en el mundo occidental desarrollado.

Esto porque los países del entonces existente bloque socialista o comunista continuaron privilegiando la industrialización y los países subdesarrollados o en vías de desarrollo consideraban que el trato que recibía el medio ambiente era un "lujo" del Occidente. Paradigmáticas son las palabras de Indira Ghandi, ex primera

⁶ Eser, Albin. Op. cit., pág. 123.

⁷ Brañes, Raúl. Informe sobre el desarrollo del Derecho ambiental latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, pág. 11, primera edición, PNUMA, Distrito Federal, 2001.

⁸ En donde se comienza a desarrollar una "legislación propiamente ambiental" que entiende que el Medio Ambiente es "un todo organizado a la manera de un sistema"; Brañes, Raúl. Op. cit., pág. 11.

⁹ Annan, Kofi. "Foreword", en: United Nations Environment Programme. Global Environment Outlook 3: Past, present and future perspective, pág. XIV, Earthscan, Londres, 2002.

¹⁰ United Nations Environment Programme. Global Environment Outlook 3: Past, present and future perspective, pág. 02.

ministra de la India, y de Tang Ke, líder de la delegación china en la Conferencia de Estocolmo, respecto a la consideración que recibía de los países subdesarrollados y en vías de desarrollo la problemática del medio ambiente. Indira Ghandi llegó a decir: "Poverty is the worst form of pollution" ("Pobreza es la peor forma de polución"), en tanto que Ke sostuvo: "We hold that of all things, people are the more precious" ("Nosotros sostenemos que de todas las cosas, la gente es la más preciada")¹¹.

Fruto de la Conferencia de Estocolmo es una Declaración de 26 principios, suscrita por 113 países, además de un plan de acción conteniendo 109 recomendaciones que constituyen el primer cuerpo normativo internacional referido al problema del medioambiente. Es cierto que el contenido de la mencionada declaración es sólo declarativo, pero es de destacar en la medida que contiene todo un "programa" de protección ambiental internacional.

Es de destacar además que la Conferencia de Estocolmo dio origen también al United Nations Environment Programme (Programa de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente), conocido en nuestros países como PNUMA.

La Conferencia de Estocolmo significó para muchas naciones un impulso decisivo en la articulación de un sistema de protección legal del medio ambiente. Así, analizando la situación de los países miembros de la "Organization for Economic Cooperation and Development" (OECD), se observa que durante el período correspondiente a los años 1971 a 1975 se promulgaron 31 leyes sobre la materia, cifra notoriamente superior a las cuatro leyes emitidas durante el período 1956-1960, las 10 leyes promulgadas durante 1961-1965 y las 18 correspondientes a los años 1966-1970. Otro dato sumamente interesante en este sentido deriva de la relación gubernamental con la protección del ambiente. Antes de la Conferencia de Estocolmo sólo existía un aproximado de 10 ministros del ambiente, al año 1982 eran 110 los países que contaban con algún ministerio o departamento de ambiente¹².

§ 3. Luego de la Conferencia de Estocolmo, se produjo una permanente labor internacional de instrumentos internacionales de *soft law*¹³, entre los que puede destacarse¹⁴:

¹¹ Citados en: United Nations Environment Programme. *Global Environment Outlook 3: Past, present and future perspective*, pág. 02.

¹² United Nations Environment Programme. *Global Environment Outlook 3: Past, present and future perspective*, págs. 04-05.

¹³ Se conoce como *soft Law*, aquellas disposiciones que no contienen, en puridad, mandatos obligatorios, sino únicamente obligaciones de índole político-moral. Su crecimiento, da cuenta Rojas Amandi, es constante y vertiginoso, ello debido quizás a que, no obstante sus insuficiencias jurídicas "políticamente resultan muy prácticas"; al respecto: Rojas Amandi, Víctor Manuel. Op. cit., pág. 355.

¹⁴ Véase: Rojas Amandi, Víctor Manuel. Op. cit., págs. 339-340.

- El Tratado de Ginebra sobre la Contaminación del Aire Transfronterizo, de 13 de noviembre de 1979, que cuenta con tres protocolos (1985, 1988 y 1991).
- El Tratado de Viena sobre Protección de la Capa de Ozono, de 22 de marzo de 1985, que cuenta como complemento el Protocolo de Montreal (1987).
- La Convención del Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.
- Los Acuerdos de la Organización Internacional de Energía Atómica, sobre Información y Asistencia en casos de Accidentes Nucleares, de 26 de septiembre de 1986.
- La Convención de Basilea sobre el control del Transporte Transfronterizo en Materias Peligrosas.

Todo este arsenal legislativo no ha podido, sin embargo, frenar la devastación de los recursos forestales, el incremento de los desiertos, el calentamiento del planeta, el crecimiento de la capa de ozono¹⁵ o la reducción de la biodiversidad, ni ha podido evitar catástrofes ambientales como las de Amoco Cádiz, Exxon Valdez¹⁶, Soveso, Tschernobyl, Bophal o Basilea¹⁷.

§ 4. Durante la década de los noventa se intensificó la introducción del concepto y significado del denominado "desarrollo sostenible". Así aumentó la convicción mundial de considerar los problemas relacionados al medio ambiente como problemas globales que requieren de soluciones también globales.

Respecto a los incidentes medioambientales, debe recordarse que la década de los noventa comenzó con la llamada "Guerra del Golfo" y la deflagración de entre medio millón a once millones de barriles de petróleo crudo, lo que significó la muerte de entre 15.000 a 30.000 aves marinas y la afectación de un cincuenta por ciento de los arrecifes de coral, además de daños en la atmósfera por la combustión de petróleo.

§ 5. Veinte años después de la Conferencia de Estocolmo, en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992, se reconoció mundialmente la crisis ecológica y la

¹⁵ En 1985 se hizo público, a partir de los trabajos de investigación de los británicos Farnham, Gardiner y Shanklin, las reales dimensiones del agujero existente en la capa de ozono. Esta información conmovió tanto a la comunidad científica mundial como a los legisladores.

¹⁶ Considerado el más grande delito medioambiental en la historia de los Estados Unidos.

¹⁷ Rojas Amandi, Víctor Manuel. Op. cit., pág. 340.

sociedad pudo verse a sí misma, según ha denunciado Ulrich Beck, como "sociedad de riesgo mundial"¹⁸.

La Conferencia de Río mantuvo el espíritu de la Conferencia de Estocolmo, a tal punto que la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo reafirmó los ámbitos articulados veinte años atrás en Estocolmo, colocando a los seres humanos como ejes de la noción de "desarrollo sostenible"¹⁹.

En Río se aprobó la llamada "Agenda 21" que dio origen al Programa 21. Agenda 21 fue el conjunto de una serie de programas y subprogramas en materia ambiental destinado a lograr un "desarrollo sostenible". La Agenda 21 contiene precisiones de orden financiero, institucional y de transferencia de tecnología. Entre otros temas tratados en la mencionada agenda se puede mencionar: biotecnología, desechos peligrosos, aguas servidas, desechos radiactivos, salubridad, recursos humanos, deforestación, desertificación, pobreza, diversidad biológica, etcétera²⁰.

En la Conferencia de Río se aprobó además de la Convención sobre el cambio climático y la Convención sobre la diversidad biológica²¹.

§ 6. Hoy en día, treinta años después de la primera Conferencia Mundial dedicada al análisis de los problemas medioambientales, constatamos con preocupación que lo que en 1972 se denunciaba como un problema constatable a largo plazo, se ha convertido en una amenaza en ciernes.

El Derecho Penal, como es lógico, no ha podido mantenerse aislado a dicho fenómeno, produciéndose continuo debate respecto a temas fundamentales dentro del Derecho Penal Económico y que frente a la cuestión medioambiental adquieren un tono más acentuado, así la doctrina ha discurrido por problemas como la identidad del bien jurídico penalmente protegido y sus técnicas de tipificación, los modelos de imputación, el recurso a la ley penal en blanco y la accesoriadad administrativa del Derecho Penal del Ambiente –aspecto este último que trataremos en las líneas que siguen– y cuya principal característica común es su capacidad para poner al descubierto la limitada capacidad de rendimiento del Derecho Penal en el resguardo del medio ambiente.

¹⁸ Beck, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás, pág. 56, Ediciones Paidós, Barcelona, 1998.

¹⁹ United Nations Environment Programme. *Global Environment Outlook 3: Past, present and future perspective*, pág. 16.

²⁰ Carmona Lara, María del Carmen. *Derechos en relación con el medio ambiente*, pág. 38, reimpresión de la primera impresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

²¹ Sobre su contenido, sin ánimo de exhaustividad: Carmona Lara, María del Carmen. *Op. cit.*, págs. 39-40.

3. DERECHO PENAL Y CONSTITUCION ECOLOGICA

§ 1. En Derecho Comparado es unánime la consideración del "derecho a un medio ambiente saludable" como un valor de entidad constitucional. Es que, en cierta forma, el reconocimiento constitucional del interés ambiental constituye, en cada país, el "punto culminante" de la evolución jurídica de dicho valor²².

Tal es el nivel del reconocimiento constitucional que el medio ambiente viene adquiriendo que algunos autores, como Guhl Nannetti & Rodas, hablan, adaptando la expresión "Constitución Económica"²³, de una "Constitución Ecológica" entendida como "todo un programa ético, jurídico e institucional para reconducir las relaciones microsociales y macrosociales del hombre (...) con su entorno"²⁴.

§ 2. En Latinoamérica, recuerda Raúl Brañes, la comprensión de aspectos ambientales en sus cartas fundamentales es resultado del proceso de renovación de las instituciones producido en las últimas décadas y que ha encontrado concreción en las respectivas constituciones políticas nacionales, a tal punto que las cartas políticas se habrían "enverdecido"²⁵.

El interés en la cuestión medioambiental dentro de los programas constitucionales de los países latinoamericanos no resulta de reciente data. Ya la Constitución mexicana de 1917 hacía referencia en su artículo 27 (hoy reformado) que "la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de regular la propiedad privada y el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con el objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación" y se le reconocía al Estado la obligación de dictar normas "para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños a la propiedad privada"²⁶.

El mencionado interés del constitucionalismo latinoamericano en los aspectos propios del medio ambiente ha ido en progresivo aumento, mostrando una

²² Guhl Nannetti, Ernesto & Rodas M., Julio César. "Hacia una política legislativa en materia ambiental en Colombia", en: Letras Jurídicas, volumen 3, N° 1, pág. 11, Empresas Públicas de Medellín, Medellín, 1998.

²³ Nombre con el que la doctrina conoce al conjunto de directivas reguladoras de la actividad económica; detalladamente: Reyna Alfaro, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial, págs. 57-72, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

²⁴ Guhl Nannetti, Ernesto & Rodas M., Julio César. Op. cit., pág. 12.

²⁵ Brañes, Raúl. Op. cit., pág. 12.

²⁶ Brañes, Raúl. Op. cit., pág. 12. En este caso, la relevancia ambiental del precepto parece ser casual.

evolución que partió con la fijación del deber que tiene el Estado de proteger el medio ambiente, pasa luego por hacer extensiva dicha obligación a los integrantes de la sociedad, posibilitando incluso la restricción del ejercicio de algunos derechos para la consecución de dicho fin; luego, se reconoció dentro del catálogo de derechos fundamentales el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado. La evolución constitucional de los intereses mediambientales continúa con la vinculación entre medio ambiente y desarrollo sostenible, lo que supuso la influencia de aspectos medioambientales en la constitución económica; finalmente, se produce la regulación de aspectos ambientales específicos, como el agua, la flora, la fauna, etcétera, a la vez que fija ciertas bases para la regulación de aspectos de derecho común de relevancia ambiental casual (minería, industria, entre otros)²⁷.

§ 3. La vigente Constitución Política del Perú (1993) ha comprendido también (artículo 2.22) dentro del catálogo de derechos fundamentales el derecho a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida", en forma similar al artículo 19.8 de la Constitución chilena que refiere: "La Constitución asegura a todas las personas: (...) el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza (...)".

El legislador constitucional peruano, empero, ha ido más allá al fijar un programa constitucional de tutela del ambiente y los recursos naturales. Así, el Capítulo II del tercer Título ("Del régimen económico") fija una serie de postulados programadores de la política ambiental del Estado.

La constitución ecológica peruana se inicia con la declaración contenida en el artículo 66 constitucional que concede a la Nación la titularidad del patrimonio de los recursos naturales, renovables o no renovables, no obstante admitir la concesión a particulares de su utilización.

Se vincula, asimismo (artículo 67 constitucional) la política ambiental del Estado con la noción de desarrollo sostenible al declararse que el Estado "promueve el uso sostenible de sus recursos naturales".

Se fija, finalmente (artículo 68 constitucional), la obligación estatal de "promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas" con especial referencia (artículo 69 constitucional) al sector amazónico.

²⁷ Brañes, Raúl. Op. cit., págs. 12-13.

4. LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA DEL DERECHO PENAL

4.1. La necesaria referencia a la utilización de la ley penal en blanco en Derecho Penal

La utilización de la técnica del reenvío es una práctica usual en la legislación penal comparada en el ámbito del Derecho Penal del Ambiente, lo que ha significado no pocas críticas al legislador penal²⁸.

La integración normativa en los delitos contra el medio ambiente tiene dos clases de destinatarios: las normas destinadas a articular la protección del medio ambiente y las normas complementarias que establecen el círculo de elementos destinatarios de la protección medioambiental.

Dentro de los tipos penales que en nuestro ordenamiento penal se complementan con dispositivos destinados a articular la protección del ambiente tenemos el delito de contaminación ambiental, la prevaricación del funcionario público en el otorgamiento de licencias, el delito de eliminación ilegal de desechos y, de cierta manera, el delito de alteración del ambiente natural.

El delito de contaminación ambiental, regulado en el art. 304 del Código Penal peruano²⁹, señala expresamente que la conducta desvaliosa debe ser hecha "infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente".

De manera similar, los arts. 306³⁰ y 312³¹ del texto penal referido, al describir

²⁸ Sobre la cuestión, básicamente: Cury Urzúa, Enrique. La ley penal en blanco, Edit. Temis, Bogotá, 1988; Reyna Alfaro, Luis Miguel. Op. cit., págs. 85-91.

²⁹ Código Penal peruano:

"Artículo 304: El que, infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de uno ni mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas".

³⁰ Código Penal peruano:

"Artículo 306: El funcionario público que otorga licencia de funcionamiento para cualquier actividad industrial o el que, a sabiendas, informa favorablemente para su otorgamiento sin observar las exigencias de las leyes y reglamentos sobre protección del medio ambiente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años, e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4."

³¹ Código penal peruano:

"Artículo 312: El funcionario público que autoriza un proyecto de urbanización para otra actividad no conforme con los planes o usos previstos por los dispositivos legales o el profesional que informa favorablemente, a sabiendas de su ilegalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4".

los delitos de prevaricación del funcionario público en el otorgamiento de licencias de funcionamiento y autorización de proyectos de urbanización, centra el reproche penal en la inobservancia de "las exigencias de las leyes y reglamentos sobre protección del medio ambiente" (art. 306 C.P.) y en la actuación "no conforme con los planes o usos previstos por los dispositivos legales" (art. 312 C.P.).

El delito de eliminación de desechos, previsto en el art. 307 del Código Penal peruano³², reprime el depósito, comercialización o vertido de desechos industriales o domésticos en lugares no autorizados o "sin cumplir con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente".

Finalmente, dentro de este rubro, es de mencionar el delito de alteración del ambiente natural cuyo desvalor se ubica en la alteración del ambiente natural o paisaje urbano o rural "contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente" (art. 313 C.P.)³³.

En cuanto a los tipos cuyo reenvío se dirige a normas complementarias destinados a establecer el círculo de elementos destinatarios de la protección medioambiental, tenemos los delitos de explotación de especies legalmente protegidas (art. 308 C.P.), extracción ilegal de especies acuáticas (art. 309 C.P.) y daño de bosques y formaciones vegetales legalmente protegidas (art. 310 C.P.)³⁴.

³² Código Penal peruano:

"Artículo 307: El que deposita, comercializa o vierte desechos industriales o domésticos en lugares no autorizados o sin cumplir con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Cuando el agente es funcionario o servidor público, la pena será no menor de uno ni mayor de tres años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36º, incisos 1, 2 y 4.

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

Cuando el agente contraviene leyes, reglamentos o disposiciones establecidas y utiliza los desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de ciento ochenta a trescientos sesentacinco días-multa".

³³ Código Penal peruano:

"Artículo 313: El que, contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente, altera el ambiente natural o el paisaje urbano o rural, o modifica la flora o fauna, mediante la construcción de obras o tala de árboles que dañan la armonía de sus elementos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a noventa días-multa".

³⁴ Código Penal peruano:

"Artículo 308: El que caza, captura, recolecta, extrae o comercializa especies de flora o fauna que están legalmente protegidas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

La pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de ciento ochenta a trescientos sesentacinco días-multa cuando:

1. El hecho se comete en período de producción de semillas o de reproducción o crecimiento de las especies.
2. El hecho se comete contra especies raras o en peligro de extinción.
3. El hecho se comete mediante el uso de explosivos o sustancias tóxicas.

La característica común de estos delitos es que el proceso de integración normativa pretende identificar los diversos elementos medioambientales (especies de flora y fauna, acuáticas, bosques o formaciones vegetales naturales o cultivadas) "legalmente protegidos".

4.2. La accesoriedad administrativa del Derecho Penal

Como consecuencia del reconocido recurso a la técnica del reenvío, en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente tenemos que en múltiples ocasiones la prohibición penal se completará mediante el reenvío a las disposiciones administrativas sobre la materia.

Observamos aquí una dependencia de la responsabilidad penal a reglas jurídico-administrativas, que constituye una de las manifestaciones de lo que la doctrina ha optado por denominar "accesoriedad del Derecho Penal respecto del Derecho Administrativo"³⁵.

De esta manifestación de la accesoriedad del Derecho Penal frente al Derecho administrativo se extraen importantes consecuencias, entre las que destacan, según refiere Tiedemann: no es penalmente responsable quien actúa en virtud a una autorización jurídicamente válida, consecuentemente: es penalmente responsable quien realiza la conducta contaminante sin la autorización requerida, aun cuando se encontrase calificado para obtenerla e incluso si tuvo dicha autorización pero su lapso de duración venció y el agente persistió en la actividad contaminante, también resulta responsable quien realiza una actividad contaminante sin contar con la respectiva autorización y obtiene ésta posteriormente³⁶.

Artículo 309: El que extrae especies de flora o fauna acuática en épocas, cantidades y zonas que son prohibidas o vedadas o utiliza procedimientos de pesca o caza prohibidos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Artículo 310: El que destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales naturales o cultivadas que están legalmente protegidas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

La pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de noventa a ciento veinte días-multa, cuando:

1. Del delito resulta la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático.

2. El delito se realiza en lugares donde existen vertientes que abastecen de agua a un centro poblado o sistema de irrigación".

³⁵ Tiedemann, Klaus. "Relación entre Derecho Penal y autorización jurídico-administrativa. El ejemplo del Derecho Penal del Ambiente", trad. José Luis de la Cuesta, en: el mismo, Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental, pág. 159, primera edición, Idemsa, Lima, 1999.

³⁶ Con mayor detenimiento: Tiedemann, Klaus. Op. cit., pág. 160; IDEM. "Derecho Penal Ambiental alemán en su contexto europeo y mundial", trad. Manuel Abanto Vásquez, en: el mismo. Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad, pág. 217, primera edición, Idemsa, Lima, 2000.

Debo adherirme a la doctrina más reciente, entre cuyos defensores destaca Schünemann, en el rechazo a la teoría de la accesoriadad administrativa, pues aunque tenga sustento en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, el Derecho Penal debe ser respetuoso, incluso, de la validez de aquellas autorizaciones administrativas obtenidas ilegalmente. La Jurisprudencia ha desarrollado la teoría del abuso del Derecho que, no obstante resultar poco coherente en sí, es bastante práctica. Según esta teoría, el agente no puede invocar en Derecho Penal un acto administrativo obtenido mediante engaño o cohecho, por lo que no alcanzan el nivel de "autorización necesario" ni pueden tener efecto justificante³⁷.

4.3. Algunas reflexiones frente al caso Lucchetti

§ 1. La cuestión de la accesoriadad del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo cobra especial interés en un caso como el de la empresa chilena Lucchetti.

Es que la mencionada empresa, al momento de instalar su planta industrial en las cercanías de la zona ecológica conocida como los "Pantanos de Villa", contaba con la licencia respectiva por parte de la autoridad administrativa y tenía a su favor sendos informes de impacto ambiental que establecían que la actividad industrial a desarrollar por la empresa chilena no suponía la puesta en peligro de los intereses ambientales.

Ahora bien, aunque no se ha constatado hasta el momento –luego de la clausura de la planta industrial de la empresa "Lucchetti"– la existencia de daños ambientales en el entorno de los "Pantanos de Villa", es importante analizar la validez de dicha licencia autorizativa por dos razones elementales: Primero, porque los daños ambientales no son constatables inmediatamente e implican los intereses de las generaciones futuras³⁸, de allí que la técnica de tipificación más usual en este ámbito es la de los tipos de peligro; segundo, porque las relaciones existentes entre los altos directivos de la empresa "Lucchetti" y los dirigentes del delictivo aparato organizado de poder tras el régimen Fujimori pueden teñir de ilegalidad la licencia autorizativa en virtud de la cual operaba la planta industrial de la empresa "Lucchetti"; ambos aspectos serán a continuación analizados con mayor detenimiento.

³⁷ Schünemann, Bernd. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", trad. Manuel Cancio Mellá, en: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 5, págs. 240 y ss., Lima, 1995 art. cit., págs. 249-250.

³⁸ Al respecto: Alcacer Guirao, Rafael. "La protección del futuro y los daños cumulativos", en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (www.recpc.com), N° 4, Granada, 2002.

§ 2. En cuanto a la primera cuestión, el hecho de que no se aprecien actualmente daños contra la estabilidad del ecosistema circundante a los "Pantanos de Villa", nada dice respecto a su puesta en peligro actual o su lesión futura.

Es que si se exigiera la lesión actual del bien jurídico, en el caso que nos ocupa, es decir en los delitos contra el medio ambiente, es probable que la protección penal resulte innecesaria, pues dicho bien jurídico habría resultado seriamente afectado³⁹, es por estos motivos que Silva Sánchez ha señalado que la imputación en estos casos no surge por la peligrosidad en sí de la conducta, sino en la que se produciría "si todos hicieran lo mismo"⁴⁰.

En este entendimiento, resulta evidente que en la tipificación de las conductas relacionadas a los bienes jurídicos colectivos deberá optarse por las fórmulas de peligro, que, haciendo propias las palabras de Monge Fernández, "constituyen la técnica habitual de protección de los intereses colectivos"⁴¹.

La tipificación de los delitos contra el medio ambiente a través de fórmulas de peligro guarda relación con la naturaleza del bien jurídico a proteger, lo que hace permisible un adelanto de las barreras de punición a fases previas a la lesión del interés jurídico. En nuestro ordenamiento penal se ha seguido tal vía conforme vemos en los Arts. 304 a 313 del Código Penal, los cuales han sido configurados como tipos de peligro⁴².

Esta decisión resulta coherente, como precisa Queralt Jiménez, "si se piensa en el gran potencial destructor de algunos comportamientos: esperar a la verificación del daño, además de inútil en cuanto a la reparación por ser ésta imposible, tendría un efecto político criminal indeseado: aumentaría el riesgo actual de deterioro del medio ambiente exponencialmente, pues sólo la producción del resultado sería punible"⁴³.

³⁹ Abanto Vásquez, Manuel. Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas, pág. 115, primera edición, Idemsa, Lima, 1997. Es por ese motivo que la profesora Paz de la Cuesta Aguado subraya el carácter preventivo de los tipos de peligro en el Derecho Penal Medioambiental sobre la base de la naturaleza de la materia protegida; al respecto: De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes. Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, pág. 112, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁴⁰ Caro Coria, Dlno Carlos. Derecho Penal del Ambiente. Delitos y técnicas de tipificación, pág. 509, primera edición, Edit. Gráfica Horizonte, Lima, 1999.

⁴¹ Monge Fernández, Antonia. La responsabilidad penal por riesgos en la construcción, págs. 63 ss., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

⁴² Bramont-Arias Torres, Luis & García Cantizano, María del Carmen. Manual de Derecho Penal. Parte Especial, págs. 579 ss., cuarta edición, Lima, Edit. San Marcos, 1998.

⁴³ Queralt Jiménez, Joan. "El delito ecológico en España: Situación actual y perspectivas de reforma", en: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 4, págs. 552-553, Lima, 1994; Terradillos Basoco, Juan. "Protección penal del medio ambiente: Cuestiones para una reflexión inicial", en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Ucayali, N° 1, págs. 92-93, Ucayali, 2000.

§ 3. El segundo aspecto tendría que ver con la posible ilegalidad de la licencia concedida durante el régimen Fujimori a la empresa chilena "Lucchetti".

Es unánime parecer en la doctrina penal peruana identificar al régimen Fujimori como un auténtico aparato organizado de poder⁴⁴. Tal condición le permitió a sus altos dirigentes (el ex Presidente Fujimori y su asesor Vladimiro Montesinos Torres) tener el manejo de la totalidad de instituciones públicas.

Al copar el manejo de las instituciones públicas, los hombres detrás del aparato organizado adquirirían tal grado de manejo de la cosa pública que se hacía sumamente difícil que los particulares pudieran recibir un trato igualitario frente a la Administración si no accedían a los requerimientos que les pudieran plantear los dirigentes del aparato organizado de poder, además de hacerse sumamente atractiva la permanencia en el entorno de poder con el objetivo de obtener prebendas.

En ese contexto cobró singular relevancia y captó gran interés en la colectividad peruana un caso de presunto tráfico de influencias, captado videográficamente, ejercido por el ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres a favor de Luis Fernando Pacheco Novoa, Gonzalo Menéndez Duque y Andrónico Luksic Craig, altos directivos de la empresa "Lucchetti-Perú" sociedad anónima, de capitales chilenos.

Según importantes exponentes de la doctrina penal peruana el comportamiento de los mencionados ciudadanos chilenos sería constitutivo del delito de tráfico de influencias en grado de partícipes⁴⁵. Esta posición –seguida por la Sala Especial Anticorrupción en resolución N° 127, de 3 de agosto de 2001, Exp. N° 32-2001-A que revoca la resolución del Tercer Juzgado penal Anticorrupción, de 24 de mayo de 2001 que declaró no ha lugar a la apertura de proceso contra los citados funcionarios de la empresa "Lucchetti"– ha sido puesta seriamente en entredicho por importantes penalistas iberoamericanos, quienes consideran que la conducta del particular favorecido con el ejercicio de la

⁴⁴ Reyna Alfaro, Luis Miguel. Comentarios a la legislación anticorrupción, pág. 47, primera edición, Jurista Editores, Lima, 2002; Idem. "Notas sobre los alcances del arresto domiciliario y su actual aplicación en la jurisdicción penal anticorrupción", en: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 45, pág. 28, Lima, 2002; Idem. "Justicia penal e impunidad en el Perú: ¿Era el Régimen de Fujimori un aparato organizado de poder?", en: Actualidad Jurídica, tomo 111, Gaceta Jurídica, Lima, 2003; implícitamente: San Martín Castro, César Eugenio/ Caro Coria, Dino Carlos/ Reaño Peschiera, José Leandro. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales, págs. 23 y 253, primera edición, Jurista Editores, Lima, 2002.

⁴⁵ Así: San Martín Castro, César Eugenio/ Caro Coria, Dino Carlos/ Reaño Peschiera, José Leandro. Op. cit., págs. 21 ss.

influencia –en este caso los directivos de la empresa "Lucchetti-Perú"– es impune⁴⁶.

No es, y desde luego, no puede ser objeto de análisis en el presente trabajo, la cuestión de la punibilidad del favorecido en el tráfico de influencias –en general– ni la posible responsabilidad penal de los directivos de la empresa "Lucchetti-Perú" –en concreto–, sobre todo si la cuestión viene siendo objeto de dilucidación en sede judicial.

Lo que sí puede mencionarse en este trabajo es que de encontrarse responsabilidad penal en los directivos de la empresa referida y si dicha responsabilidad afecta la licitud de las licencias administrativas que permitieron a la empresa "Lucchetti-Perú" ejercer actividad industrial en los "Pantanos de Villa"⁴⁷, se abre la posibilidad –frente a eventuales daños al medio ambiente– de descartar el valor legal de las licencias autorizativas y posibilitar la intervención punitiva para reprimir los posibles atentados ecológicos que pudieran constatare.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La protección penal del medio ambiente resulta ser uno de los aspectos nucleares del "moderno Derecho Penal" y sirve para poner a prueba la capacidad de rendimiento de las principales categorías jurídico-penal y que –por cierto– fueron elaboradas para atender las exigencias del "buen y viejo" Derecho Penal liberal.

La actividad industrial supone –desde una perspectiva criminológica– una de las principales fuentes generadoras de riesgo ambiental, sobre todo mediante actos de contaminación del ambiente⁴⁸, de allí que el desarrollo de actividades

⁴⁶ Puede citarse, a manera ejemplificativa: Bustos Ramírez, Juan. Informe en relación a la aplicación del artículo 400 del Código Penal peruano que tipifica el delito de tráfico de influencias a las conversaciones sostenidas entre los representantes de la empresa Lucchetti-Perú S.A. y el que fuera asesor gubernamental Sr. Montesinos Torres, págs. 15-16, Santiago, 2001; Muñoz Conde, Francisco. Dictamen sobre aplicación del delito de tráfico de influencias del artículo 400 del Código Penal peruano a las conversaciones sostenidas entre los representantes de la empresa Lucchetti-Perú S.A. y el asesor gubernamental Sr. Montesinos Torres, Sevilla, 2001; Velásquez Velásquez, Fernando. Dictamen sobre aplicación del delito de tráfico de influencias del artículo 400 del Código Penal peruano a las conversaciones sostenidas entre los representantes de la empresa Lucchetti-Perú S.A. y el asesor gubernamental Sr. Montesinos Torres, Medellín, 2001; Silva Sánchez, Jesús-María & Joshi Jubert, Ujala. Dictamen emitido a pedido del abogado Julio Rodríguez Delgado presentado por la defensa de Manuel Delgado Parker en la instrucción seguida en su contra ante el Primer Juzgado Penal Especial Anticorrupción por presunto delito de tráfico de influencias en agravio del Estado, págs. 44-45, Barcelona, 2001.

⁴⁷ No hay que obviar el hecho, quizás meramente anecdótico, de que la empresa Lucchetti-Perú de reunirse sus directivos con el ex asesor presidencial Montesinos Torres, ganó todos los juicios que mantuvo con la Municipalidad Provincial de Lima Metropolitana y la Municipalidad Distrital de Chorrillos.

⁴⁸ No obstante, hay que tener en cuenta que el tipo de contaminación ambiental en el Código Penal peruano ha sido construido como un delito común; al respecto: Reyna Alfaro, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal Económico, págs. 701-702.

industriales requiera, por lo general, de estudios de impacto sobre el ambiente y del otorgamiento de licencias por parte de la autoridad administrativa.

Objetivo del presente trabajo ha sido, esencialmente, determinar en qué medida resulta vinculatorio para el Derecho Penal y el operador de justicia penal la decisión administrativa de otorgar licencias y si dicha decisión puede servir para eximir de responsabilidad jurídico-penal a quien depreda o contamina el ambiente actuando dentro de los márgenes de la licencia autorizativa.

Esta cuestión teórica ha sido vinculada a un supuesto de gran actualidad, como el de la empresa chilena "Lucchetti", respecto de la cual no ha quedado claro aún la legalidad de la concesión de licencia en virtud a la comprobada relación que unió al ahora procesado ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres y los ex directivos de la mencionada empresa.