

DELITO DE CONTAMINACIÓN: ¿ENTRE LA OMISIÓN Y EL DELITO PERMANENTE?

A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 383-2012 LA LIBERTAD

Eduardo Oré Sosa¹

I. Introducción

La Sentencia Casatoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de fecha 15 de octubre de 2013, publicada el 25 de abril del 2014 (Casación N° 383-2012 La Libertad), estableció “como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el cuarto considerando (DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL)”. En cuanto al contenido de la imputación, este es abordado en los puntos 4.3 y 4.4 de la sentencia, donde se señala:

“4.3. En el presente caso, se le imputa a Adalberto Alejandro Rivadeneira Gámez, ser autor del delito de contaminación del ambiente, en agravio del Estado y la Sociedad, representado por la Municipalidad distrital de Sayapullo – Gran Chimú, toda vez que en su calidad de representante legal de la Corporación Minera San Manuel S. A., incumplió con las obligaciones ambientales contenidas en el Contrato de Transferencia de Derechos Mineros de fecha treinta de diciembre de dos mil cinco y el contrato de Transferencia de terrenos superficiales y derechos mineros de fecha seis de agosto de dos mil seis, celebrado con la compañía Minera Sayapullo S.A., por los cuales adquiere derechos mineros sobre las Concesiones Mineras en las que la Compañía Minera Sayapullo S.A., habría venido efectuando operaciones mineras hasta el año de mil novecientos noventa y ocho y en donde se habrían generado diversos pasivos ambientales como son la Cancha de Relaves Higospampa y Vista Bella, ubicadas en las inmediaciones del Cerro San Lorenzo – distrito de Sayapullo- Provincia Gran Chimú, las que vienen generando graves impactos negativos ambientales a través de los vertimientos de sustancias contaminantes del Río Sayapullo que son arrastradas por las lluvias que se producen en el lugar, al no haberse implementado ningún plan de remediación o mitigación ambiental; no obstante que en los contratos referidos, la Corporación Minera San Manuel asumió la responsabilidad de

¹ Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Piura y de la Maestría en Derecho Penal de la PUCP.

implementar el Plan de Cierre de pasivos ambientales, conforme a la legislación minero ambiental vigente; en tal sentido, la conducta omisiva imputada se ha prolongado desde el treinta de diciembre del dos mil cinco, fecha en la que adquiere la titularidad de los derechos mineros y pasivos ambientales, hasta el siete de enero de dos mil once, fecha en la cual recientemente la Corporación Minera San Manuel S.A. ha obtenido la aprobación del Plan de Cierre de estos pasivos ambientales que se encuentra pendiente de implementar.

4.4. Conducta que se encuentra prevista y sancionada por el primer párrafo del artículo trescientos cuatro del Código Penal (en concordancia con el artículo seis del Código Penal), el cual estipula que:

*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.”.*

Ahora bien, con relación a la configuración típica del delito de contaminación (art. 304 CP), nos proponemos hacer algunos comentarios a dos aspectos esenciales que aborda la sentencia. Como es señalado en el punto 4.5, esta sentencia casatoria busca determinar, por un lado, si según la forma de la conducta del agente estamos ante un delito comisivo u omisivo; por otro, analizar la fase de consumación del delito, es decir, si se trata de un delito de carácter *permanente* o de *consumación inmediata con efectos permanentes*.

La sentencia Casatoria, invocando el art. 6 CP, donde se reconoce la aplicación de la ley más favorable en caso de conflicto de leyes penales en el tiempo, toma como punto de partida para el análisis del tipo penal de contaminación no el texto vigente, sino el anterior a la modificación operada por la Ley 29263 de octubre de 2008:

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.*

Como se sabe, la norma vigente asigna a este delito un marco punitivo mayor (pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años), razón por la cual, como acabamos de mencionar, la Sala Penal Permanente aplicó la norma anterior. Empecemos, pues, el análisis de los temas apuntados con el tipo penal derogado.

II. ¿Delito de contaminación por omisión?

Como se sabe, tradicionalmente se reconocen dos tipos de omisión. En la *omisión propia o pura*, el legislador establece expresamente la norma de mandato² (lo que en determinada circunstancia se está obligado a hacer), configurándose el delito cuando el agente omita la acción debida. El mero incumplimiento de dicha obligación perfecciona el delito; con lo cual, esta clase de omisión no requiere la producción de un resultado separado espacio temporalmente del comportamiento mismo. Es más, de producirse este (p. ej. la muerte), el delito –de peligro– no podría ser reconducido a un delito de lesión (p. ej. homicidio).

La estructura o los elementos de esta forma de omisión son:

a. La situación generadora del deber de actuar (v. gr. encontrar a alguien en grave peligro; detección de una transacción sospechosa).

b. No realización de la conducta debida (no auxiliar ni pedir ayuda; no comunicar a Inteligencia Financiera la existencia de una transacción sospechosa).

c. Capacidad o posibilidad de realizar la acción esperada.

La *omisión impropia*, por otro lado, no está prevista expresamente en la ley, pero se construye a partir de un tipo comisivo. De ahí que también se la conozca con el nombre de comisión por omisión. Valorativamente, la omisión se equipara a la comisión del hecho, ambas tienen idéntico o similar grado de injusto. Así pues, da lo mismo que una madre mate a su hijo recién nacido asfixiándolo con una almohada (forma comisiva) o no dándole de lactar (omisión impropia). Y es que al garante (la madre) se le exige evitar un resultado típico cuando este sea evitable.

En este orden de ideas, los presupuestos de la comisión por omisión son:

a. Que el agente tenga una posición de garante.

b. Que exista la posibilidad de evitar el resultado.

c. La producción del resultado típico (sea este de lesión o de peligro concreto).

Pues bien, la Sala consideró que estamos ante un delito de naturaleza omisiva. Para ello, previamente determinó que el tipo penal contiene “tres verbos rectores”, a saber “infringir”, “contaminar” y “verter”; a lo que añade que “dichos verbos rectores se producen con la infracción de las normas que regulan la protección ambiental, causando o

² Sin perjuicio de lo señalado por GIMBERNAT: “como tanto al omitente propio como al impropio lo que se les imputa es que no hayan ejecutado una acción debida, por ello ambos vulneran *siempre* una norma de mandato y *nunca* una prohibitiva”. La acción debida u omitida, según este autor, entraña una aminoración del peligro para el bien jurídico protegido; vid. GIMBERNAT, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión). En: AA. VV. *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor José Cerezo Mir*. Madrid, Tecnos, 2006, pp. 694 y 697.

pudiendo causar un perjuicio o alteración a la flora, fauna, recursos hidrobiológicos, es decir que la responsabilidad penal en materia ambiental nacerá fundamentalmente de un incumplimiento del deber de actuación y el peligro nace de la omisión de los dispositivos o normas ambientales” (fundamento de derecho n° 4.7). Más específicamente, señala que “nos encontramos ante un tipo penal en blanco, en tanto que el legislador condiciona la tipicidad penal de la conducta a una desobediencia administrativa (la Ley número veintiocho mil doscientos setenta y uno, del dieciséis de agosto de dos mil cinco, en la que regula los pasivos ambientales de la actividad minera), como indicador de una fuente generadora de peligro y/o riesgo, el cual debe ser potencial, idóneo y con aptitud suficiente para poder colocar en un real estado de riesgo a los componentes ambientales, sin necesidad de advertirse un peligro concreto para la vida y la salud de las personas” (fundamento de derecho n° 4.6).

En efecto, según el art. 2 de la Ley 28271, “son considerados pasivos ambientales aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, en la actualidad abandonadas o inactivas y que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad”. Sin embargo, ¿es este el riesgo típico exigido por el legislador para configurar un delito de contaminación ambiental?

En nuestra opinión, el tipo penal del delito de contaminación [en la redacción anterior, tomada en cuenta por la Sala] no contiene en realidad tres verbos rectores; la conducta típica, más bien, parece residir en el hecho de *contaminar* a través del vertido de residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza. El vertido de estas sustancias, en realidad, constituiría la modalidad o medio típico que concretiza aún más la conducta de *contaminar*, la misma que, por sí sola, adolecería de una gran indeterminación.

Ahora bien, cierto es que el tipo penal también exige un elemento normativo que sirve a los efectos de desvalorar la conducta [es decir, para indagar si estamos ante un comportamiento antijurídico o desaprobado], a saber, la infracción de las normas sobre medio ambiente. Caso contrario, estaremos dentro del riesgo permitido y, consecuentemente, la conducta no será contraria a derecho ni penalmente relevante. Esto, sin embargo, en ningún caso puede llevar a sostener que *la sola infracción* de las normas sobre medio ambiente configura una modalidad típica del delito; en otras palabras, resultaría incorrecto afirmar que la mera infracción de normas administrativas sería suficiente para consumir un delito de contaminación.³

³ Ni ahora, ni con la redacción posterior a la Ley 29263, donde, como se señalará posteriormente, se suele ver –en la infracción de las normas administrativas– un mero indicio de peligrosidad o de superación del riesgo permitido.

Con independencia del debate sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto o los delitos de mera actividad, y su correspondencia con el *principio de ofensividad*⁴, es necesario mencionar que la consumación del delito de contaminación previsto en el art. 304 CP exige, además, *la producción de un resultado*, sea este de lesión (*cause*) o de peligro (*pueda causar*); se requiere, pues, el efectivo o probable perjuicio o alteración de la flora, fauna y recursos hidrobiológicos. No estamos, de este modo, ante un delito de mera actividad, sino ante un delito de resultado (sea este de lesión o de peligro concreto⁵).

En otros términos, podríamos señalar que el desvalor de acción supone la creación de un riesgo que se hace residir en verter residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza; vertido que debe adoptar el carácter de *prohibido*, para lo cual se debe atender a la posible infracción de las normas administrativas y la superación de los límites permisibles.

Esto último, como señala la propia sentencia casatoria, configura la norma como un *tipo penal en blanco*. Por ley penal en blanco se puede entender aquella norma que se remite a una norma extrapenal para completar la descripción típica del delito. Estamos, pues, ante disposiciones que deben ser completadas por normas que se ubican extramuros del Código penal. Como se sabe, una adecuada observancia del principio de legalidad exige que el tipo penal contenga los elementos nucleares de la prohibición, con lo cual, no sería de admitir que un elemento consustancial del delito, como es el verbo típico o la conducta típica, sea objeto de regulación por la norma extrapenal.

Consecuentemente, no parece admisible que una de las *modalidades* o *verbos típicos* del delito de contaminación del antiguo art. 304 CP sea la *mera desobediencia* o *infracción de normas administrativas*, pues esto, además de vulnerar los principios de ofensividad y de mínima intervención (derecho penal entendido como última ratio encaminada a la protección subsidiaria de bienes jurídicos), constituiría una vulneración del principio de

⁴ (Código Penal). Artículo IV.- Principio de lesividad.

La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

⁵ Como señala REÁTEGUI SÁNCHEZ, estamos ante una técnica de tipificación que importa un adelantamiento de las barreras de punibilidad, “pues no comporta una destrucción, sino la creación de una situación tal que sea probable que ese resultado lesivo se produzca, lo cual guarda relación con la naturaleza del bien jurídico ambiente. En el presente caso, estamos ante un peligro concreto porque el peligro está expresamente indicado en la ley, por tanto dicho peligro es un elemento del tipo objetivo”, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima, Jurista Editores, 2006, pp. 154-155.

legalidad⁶. Por tanto, para configurar el delito se requiere, más bien, una conducta que ostente una mayor gravedad o nocividad social, y esto, según el legislador, radica en el hecho de *contaminar*; pero no cualquier acción de contaminar, sino aquella que se realiza, como prescribe el tipo penal, mediante vertidos que ocasionen una afectación (lesión o puesta en peligro) de la flora, fauna y recursos hidrobiológicos.

Por esta razón, discrepamos de la Sentencia Casatoria cuando reconoce una modalidad omisiva en el delito de contaminación del art. 304 CP. Infringir las normas sobre protección del medio ambiente no constituye una modalidad típica, ni un verbo rector; tampoco puede conformar el injusto típico, pues no se puede prescindir de la producción del resultado (de lesión o de peligro concreto) exigido por el tipo penal. De este modo, el no haber implementado el Plan de Cierre de Pasivos ambientales no es de por sí suficiente para imputar un delito de contaminación ambiental; mucho menos cuando se alude ya no a la inobservancia de una norma administrativa o de Derecho Ambiental, sino al incumplimiento de obligaciones surgidas de un contrato privado (v. gr. los contratos de Transferencia de Derechos Mineros de 30/12/2005 y de Transferencia de terrenos superficiales y derechos mineros de 6/8/2006, celebrados entre Corporación Minera San Manuel S. A. y la compañía Minera Sayapullo S.A.).

No se discute aquí que dichos contratos constituyan fuente de algunas *obligaciones* [incluso de carácter administrativo-ambiental⁷]; tampoco se cuestiona que dichas obligaciones puedan formar parte del *Informe Técnico Fundamentado* elaborado por la autoridad ambiental competente a requerimiento del Ministerio Público⁸; pero la

⁶ Esto porque el contenido de la prohibición ya no estaría en la ley penal, sino en una norma administrativa; vid. VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Grijley, 2006, p. 138: “la prohibición penal se debe hallar concretada en la ley, las normas complementarias sólo buscarán señalar circunstancias o condiciones que tengan aspectos meramente complementarios, pero nunca podrán definir la prohibición misma”; HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Lima, Grijley, 2005, 3° ed., p. 159: “Mediante la norma reglamentaria, se procede en realidad a una interpretación de la norma reglamentada, con el objeto de precisarla o aclararla. Sin embargo, este tipo de proceder parodia a la llamada interpretación auténtica, la que es sólo de la competencia del Poder Legislativo y no de una autoridad administrativa sin capacidad de legislar. Por lo que se trata de un atentado contra el principio de legalidad, puesto que produce incertidumbre y no ofrece la garantía que éste debe brindar”. Creemos que incluso bajo la consideración de la *teoría de la concreción*, se estaría vulnerado el principio de legalidad, pues sería la norma administrativa la que determinaría el contenido material del injusto o la que especificaría la conducta prohibida penalmente, vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Jurista Editores, 2012, 2° ed., pp. 151-152.

⁷ Según el art. 4 de la Ley 28271, “El Ministerio de Energía y Minas a través de su órgano técnico competente identificará a los responsables de las operaciones mineras que abandonaron depósitos de residuos, labores o instalaciones mineras, generando pasivos ambientales en sus diversas modalidades. **También identificará a los titulares de la concesión minera inactivos que mantienen el derecho de concesión y vigencia minera hasta la actualidad y arrastran pasivos ambientales**”. [Subrayado nuestro].

⁸ Según CALDERÓN VALVERDE, la información contenida en el Informe Técnico Fundamentado, en especial, la que hace referencia a la identificación de las obligaciones ambientales de los administrados involucrados

responsabilidad penal por un delito de contaminación no aparece desde el momento en que dichas obligaciones son exigibles, sino desde el momento en que se realizan vertidos en las condiciones que exige expresamente el tipo penal. La infracción de las normas de protección del medio ambiente no entraña, por tanto, la realización misma de la conducta típica; no supone, en otras palabras, la creación de un riesgo típico, sino que aporta a la valoración del carácter prohibido o permitido del riesgo creado. Mal haríamos, pues, en subsumir el *incumplimiento de la obligación de implementar un Plan de Cierre de Pasivos Ambientales* en una inexistente modalidad omisiva del delito de contaminación. Se ha de atender siempre, al menos para la imputación de *un delito de contaminación ambiental*, a la realización de vertidos. Si no se verifican estos, las infracciones serán solventadas en el ámbito administrativo a través de las multas correspondientes⁹.

De esta manera, la falta de implantación de un Plan de Cierre de Pasivos Ambientales no puede reconducirse a una omisión propia, pues el legislador no ha incorporado dicha obligación como un mandato cuyo solo incumplimiento es sancionado penalmente. Tampoco podemos estimar la configuración de una omisión impropia (art. 13 CP), pues el solo incumplimiento [de la norma administrativa] prescinde del resultado típico exigido claramente por el delito de contaminación; con lo cual, ni se puede alcanzar una equivalencia normativa¹⁰ entre el que *hace* y el que *no impide*, ni se puede llegar a la perfección o consumación del delito (justamente por la falta del resultado).

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

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

⁹ Según el segundo párrafo del art. 8 de la Ley 28271, “En caso de incumplimiento en la presentación de los respectivos Planes de Cierre de Pasivos Ambientales, el Ministerio de Energía y Minas aplica a los responsables de la remediación de los pasivos ambientales una multa de hasta seiscientos (600) UIT, sin perjuicio de las demás disposiciones sobre infracciones y sanciones que se establezcan en el reglamento de la presente Ley.”

¹⁰ Como se sabe, el legislador exige, para la configuración de la omisión impropia, que la omisión se corresponda con la realización del tipo penal mediante un hacer (art. 13 inc. 2 CP).

III. ¿Delito permanente o de comisión instantánea?

Por *delito permanente* puede entenderse el mantenimiento de una situación antijurídica por un periodo determinado, de tal modo que el tipo penal continúa realizándose de modo duradero a voluntad del autor.¹¹ En otras palabras, la consumación del delito no cesa, sino que permanece o dura algún tiempo por decisión del agente. Es lo que sucede, por ejemplo, en el delito de secuestro, donde el delito se sigue ejecutando ininterrumpidamente (privando de la libertad a alguien) en tanto la víctima no sea liberada.

En los *delitos de estado* también se crea un estado antijurídico duradero, pero la consumación cesa desde la aparición de este, ya que el tipo solo describe la producción del estado, mas no su mantenimiento.¹² Es lo que sucede, por ejemplo, con el delito de bigamia (art. 139 CP), el mismo que se consuma con la celebración del subsiguiente matrimonio, sin que pueda entenderse que el delito se sigue renovando o ejecutando permanentemente.

La importancia de determinar la existencia de un delito permanente tiene que ver con el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal: a partir del día en que cesó la permanencia (art. 82 inc. 4 CP). Asimismo, resulta importante para la calificación jurídica de la intervención de terceros en momentos posteriores a la perfección del delito: en tanto el delito se sigue ejecutando de manera permanente, cabe imputar cualquier aporte “posterior”, a título de autoría o participación.

Si el delito de contaminación se configura con la realización de vertidos de residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza superando los límites permisibles (desvalor de acción) que causen o puedan causar un perjuicio o alteración a la flora, fauna o recursos hidrobiológicos (desvalor de resultado), entonces estamos ante un delito de resultado (de lesión o peligro concreto) y de consumación instantánea en el que, por tanto, no resulta posible la permanencia de la situación o ejecución típica.

Descartada la posibilidad de un delito [o modalidad típica] de omisión propia¹³, se presenta mucho más difícil la configuración de un delito permanente, al menos si se quiere construir este sobre la base de una desobediencia administrativa.

¹¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor, 2008, p. 224.

¹² MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* ob. cit., p. 224.

¹³ Cabe resaltar que el delito de omisión propia, al menos en su forma básica, no exige la producción de un resultado; lo que sí ocurre en el delito de contaminación.

IV. Delito de contaminación tras la reforma de la Ley 29263: ¿se modificó la estructura del injusto?

En lo sustancial, y en lo que guarda relación con los temas que aquí abordamos, se puede señalar que el delito de contaminación, tras la modificación operada por la Ley 29263, mantiene su estructura: estamos ante un delito de resultado, bien sea este de lesión o de peligro concreto.¹⁴ Consecuentemente, el injusto típico requiere para su verificación no solamente la realización de la conducta típica en cualquiera de sus modalidades (provocar o realizar descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, etc.), sino también, y de modo necesario, que se cause o pueda causar perjuicios, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

En estos términos, la sola infracción de una norma administrativa no puede corresponderse con la prohibición penal o con el injusto típico, pues aquella no expresa por sí sola todo el desvalor de la acción y del resultado que fundamenta materialmente el injusto de un delito de contaminación ambiental. Así pues, el mero incumplimiento de normas ambientales, solo dará lugar a la aplicación de sanciones administrativas, mas no a la imposición de sanciones penales. Nuevamente, este delito requiere un resultado, sea este de lesión o de peligro.

Cierto es que la determinación de la producción del resultado puede plantear problemas, más aún cuando, como indica REÁTEGUI SÁNCHEZ¹⁵, “la nueva versión del artículo 304° del Código penal señala que los resultados dañosos al ambiente serán evaluados *según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental*”. Consideramos que no se trata de una remisión [cual ley penal en blanco] para completar el tipo penal, sino de una exigencia procesal que incide en la necesidad de contar, como señala ALCÓCER POVIS, con un informe

¹⁴ Como señala ALCÓCER POVIS, “En el marco del principio de lesividad, la actual disposición normativa consagra un tipo de peligro concreto y de lesión. Se prevé que mediante los actos de “provocar o realizar” el agente **cause o pueda causar** perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o a sus componentes, a la calidad ambiental o a la salud ambiental”, vid. ALCÓCER POVIS, Eduardo. Comentario a la actual regulación de los delitos que afectan el ambiente y la ordenación del territorio. En: AA. VV. *20 años de vigencia del Código penal peruano*. Raúl Pariona (coord.). Lima, Grijley, 2012, p. 525. De igual forma, vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, “se conserva a mi entender la misma estructura típica en cuanto a la lesividad de la agresión al ambiente y sus componentes (...) se sigue hablando tanto en una “nueva” como en la “antigua” versión del artículo 304° de un delito de peligro concreto (puedan causar) como de un delito de lesión (causen)”, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Los delitos ambientales en el Código Penal peruano a través de la reforma legal N° 29263. En: Caro Coria y Reyna Alfaro (coords.). *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*. Lima, Jurista Editores, 2013, p. 249.

¹⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Los delitos... ob. cit., p. 250.

de la autoridad ambiental, y que será objeto de valoración de manera obligatoria, mas no vinculante por el órgano persecutor.¹⁶

De este modo, tampoco puede estimarse que el delito de contaminación ambiental, tal como aparece configurado a partir de la modificación de la Ley 29263, admite una modalidad o un verbo típico de carácter estrictamente omisivo.

V. En cuanto a la prescripción de la acción penal

Como ya fue señalado, considerar que estamos ante un delito permanente tiene consecuencias de inculcable importancia, a saber, que el cómputo del plazo de prescripción de la acción se iniciará *desde el día en que cesó la permanencia* (art. 82 inc. 4 CP). Fue lo que ocurrió en esta sentencia casatoria, tal como se apunta en el acápite 4.10: “como quiera que el procesado en su condición de representante legal de la empresa minera recién con fecha siete de enero de dos mil once, obtuvo la aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales de acuerdo al artículo treinta de la Ley número veintiocho mil seiscientos once –Ley General del Ambiente– (...) la acción delictiva (omisión) se ha mantenido en el tiempo de manera permanente, cesando recién el siete de enero de dos mil once; momento a partir del cual debe computarse el plazo prescriptorio”.

Contrario sensu, si no hubiese cesado la permanencia, el delito de contaminación [mal entendido como delito permanente] se habría seguido ejecutando, con lo cual, el ejercicio de la acción penal no se habría visto limitado por el plazo de prescripción ordinaria, ni por el plazo de prescripción extraordinaria. Por tanto, contemplar el delito de contaminación cual si fuese un delito permanente implica prolongar indebida y desmedidamente el tiempo en el que las autoridades competentes pueden perseguir y sancionar este delito.

Esto no parece condecirse con lo previsto por el legislador, según hemos querido hacer notar en este breve comentario. La doctrina nacional señala que el delito de contaminación ambiental es un delito de resultado, sea este de lesión o de peligro concreto. Existe consenso en negar la existencia de un delito de mera actividad o de peligro abstracto. Esto supone considerar el delito de contaminación como un delito de *consumación instantánea*, esto es, que se perfecciona al producirse el resultado. Consecuentemente, se requiere no solo la realización de vertidos, descargas o emisiones, sino también, y de modo necesario, de la producción de un resultado de lesión o de peligro concreto.

¹⁶ ALCÓCER POVIS, Eduardo. Comentario... ob. cit., p. 525. En el mismo sentido, vid. CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. El delito de contaminación... ob. cit., p. 154.

Esto no impide, ciertamente, la configuración de un *delito continuado*; siempre que este se construya sobre la base de la perpetración reiterada de la conducta típica (provocar o realizar vertidos o emisiones), mas no sobre el incumplimiento de una disposición administrativa. En estos casos, el plazo de prescripción empezará “desde el día en que terminó la actividad delictuosa” (art. 82 inc. 3 CP).

Ahora bien, independientemente de estas precisiones, cabe resaltar lo apuntado por la Sala en los considerandos 4.10 y 4.12, en el sentido de que la suspensión del curso de la prescripción por la Formalización de la Investigación Preparatoria (art. 339° del Código Procesal Penal) “no puede prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo”, “toda vez que la suspensión del plazo prescriptorio no es indeterminado o ilimitado”; en otras palabras, que un proceso penal no puede convertirse en interminable ni indefinido en el tiempo, “ya que se distorsionaría el instituto de la prescripción y se haría inoperante”. Si a esto se suma la forma en que se determina –en la sentencia casatoria– cuándo vence indefectiblemente el plazo de prescripción [esto es, el plazo ordinario más la mitad, contado desde la comisión del delito], tenemos que la Sala parece alinearse con aquella postura doctrinal que entiende que la suspensión del plazo de la prescripción prevista en el art. 339 inc. 1 del Código Procesal Penal de 2004 es materialmente un supuesto de interrupción de la acción penal.¹⁷

VI. A modo de conclusión

- a) No parece acertado interpretar que el *solo incumplimiento de normas administrativas sobre protección del medio ambiente* supone una modalidad omisiva prevista por el tipo penal de contaminación ambiental (art. 304 del Código Penal). Dicha infracción carecería de un suficiente desvalor de acción y de resultado como para conformar un comportamiento penalmente relevante.
- b) De este modo, entendemos que el delito de contaminación ambiental se configura a través de la realización de vertidos o descargas de manera prohibida [excediendo de los límites de lo tolerado] siempre que ocasionen un determinado resultado [sea este de lesión o de peligro concreto] que implique un menoscabo efectivo o

¹⁷ Vid. ALCÓCER POVIS, Eduardo. Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal. En: AA. VV. *Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la Administración Pública*. Susana Castañeda (coord.). Lima, Jurista Editores, 2014, pp. 609-615.

próximo sobre algunos de los elementos componentes del ambiente. Se trata, en consecuencia, de un delito de consumación instantánea.

- c) Consecuentemente, el cómputo del plazo de prescripción del delito de contaminación se iniciará a partir del día en que se consumó el delito, y no desde que cesó la permanencia.
- d) El delito de contaminación puede quedar configurado como un delito continuado, pero este se asienta sobre la base de la perpetración reiterada de la conducta típica (provocar o realizar vertidos o emisiones), no sobre el incumplimiento de una disposición administrativa. En estos casos, el plazo de prescripción empezará “desde el día en que terminó la actividad delictuosa”.
- e) Compartimos lo apuntado por la Sala en el sentido de que la suspensión del curso de la prescripción por la Formalización de la Investigación Preparatoria no puede ser ilimitado ni prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario más una mitad de dicho plazo. La Sala, en esto, parece alinearse con aquella postura doctrinal que entiende que la suspensión del plazo de la prescripción prevista en el art. 339 inc. 1 del Código Procesal Penal de 2004 constituye un supuesto de interrupción de la acción penal.