

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 573-609

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1173>

La delimitación entre infracción administrativa y delito ambiental en el ordenamiento jurídico peruano: criterios dogmáticos y problemas de aplicación

Delimiting Administrative Offenses and Environmental Crimes
in the Peruvian Legal System: Dogmatic Criteria and Application
Challenges

A delimitação entre infração administrativa e delito ambiental
no ordenamento jurídico peruano: critérios dogmáticos e
problemas de aplicação

DIEGO SAN MARTÍN VILLAYERDE
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)
Contacto: dsanmartin@pucp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-0541-3758>

RESUMEN

La delimitación entre la infracción impuesta por la Administración pública y la tipificación de los delitos ambientales representa especial interés para la aplicación de justicia contemporánea. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia del Perú identificó una práctica cuestionable para la imputación de responsabilidad ambiental por la comisión de un hecho derivado de las supervisiones administrativas, para lo cual consideró abordarlo en el marco del XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal, realizado en Lima en septiembre de 2023. Al respecto,

esta investigación determina criterios para diferenciar uno de otro, para efectos de conocer con mayor detalle y especificación qué se requiere para que una vulneración de la legalidad administrativa-ambiental constituya delito según el marco legal vigente. Así, los criterios aquí establecidos permitirán, a quienes administran justicia, contar con un estudio que oriente su práctica, que demostrará que no toda infracción administrativa es un delito y que el delito penal en blanco es uno de especial construcción, sustentado en las figuras de la fiscalización y la potestad sancionadora de la Administración pública.

Palabras clave: administración de justicia; criterios de delimitación; delito ambiental; derecho ambiental; fiscalización ambiental; infracción administrativa.

ABSTRACT

The distinction between violations sanctioned by public administration and the classification of environmental crimes is of particular importance for the administration of contemporary justice. In this regard, the Supreme Court of Justice of Peru identified a questionable practice in attributing environmental liability based on facts derived from administrative inspections and addressed the issue within the framework of the Twelfth Supreme Jurisdictional Plenary Session on Criminal Matters, held in Lima in September 2023. This research establishes criteria for distinguishing one from the other in order to determine more precisely the requirements for a violation of administrative environmental regulations to constitute a criminal offense under the current legal framework. The criteria developed herein provide justice administrators with a study that may guide their practice, demonstrating that not every administrative violation constitutes a crime and that the blank criminal statute is a particularly complex legal construct, supported by the mechanisms of oversight and sanctioning powers exercised by public administration.

Keywords: administration of justice; delimitation criteria; environmental crime; environmental law; environmental oversight; administrative offense.

RESUMO

A delimitação entre a infração imposta pela Administração Pública e a tipificação dos delitos ambientais representa tema de especial interesse para a aplicação da justiça contemporânea. Nesse contexto, a Suprema Corte de Justiça do Peru identificou uma prática questionável para a imputação de responsabilidade ambiental pela prática de um fato decorrente de fiscalizações administrativas, razão pela qual considerou oportuno abordar a questão no âmbito do XII Plenário Jurisdiccional Supremo em Matéria Penal, realizado em Lima em setembro de 2023. Nesse sentido, esta pesquisa estabelece critérios para diferenciar uma da outra, a fim de compreender com maior detalhamento e precisão o que se exige para que uma violação da legalidade administrativo-ambiental constitua delito à luz do marco legal vigente. Assim, os critérios aqui estabelecidos permitirão àqueles que administram a justiça dispor de um estudo que oriente sua prática, demonstrando que nem toda infração administrativa constitui delito e que o delito penal em branco é uma figura de construção especial, fundamentada nos institutos da fiscalização e do poder sancionador da Administração Pública.

Palavras-chave: administração da justiça; critérios de delimitação; delito ambiental; direito ambiental; fiscalização ambiental; infração administrativa.

Recibido: 17/3/2025
Aceptado: 13/3/2026

Revisado: 22/8/2025
Publicado en línea: 30/6/2026

1. INTRODUCCIÓN

El Perú es un país rico en recursos naturales, su principal actividad económica es la extractiva, específicamente, la minería, que, a su vez, es afectada por su versión ilegal e informal y que es materia constante de conflictos socioambientales.

La conducta antijurídica que sustenta el tipo penal sea del delito de contaminación ambiental o el de minería ilegal, se sostiene en el aspecto

administrativo, que ha seguido un procedimiento administrativo sancionador realizado por la entidad de fiscalización ambiental competente. No obstante, es menester explicar de qué se trata este procedimiento y su idoneidad en el caso de supuestos de infracción, lo que permite abordar la figura de la potestad sancionadora de la Administración pública.

Sin perjuicio de ello, es pertinente considerar una institución necesaria en este análisis: el Ministerio Público, principalmente representado por las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental (FEMA). Es en este ámbito donde la discusión se enriquece, pues al ser el titular de la acción penal en la materia antes mencionada, deberá identificar la configuración de los tipos penales pertinentes sin vulnerar el principio *non bis in idem*.

Lamentablemente, la práctica nos enseña que la fundamentación en un delito de contaminación ambiental o de minería ilegal que justifica la denuncia y/o acusación de la FEMA se basa exclusivamente en el informe fundamentado que elabora la autoridad ambiental competente, por lo que podemos señalar que no distingue el riesgo del daño. En esencia, todo podría ser considerado delito, lo cual es inaudito.

Este artículo aborda la necesaria delimitación entre infracción administrativa y delito en la materia ambiental, con el objeto de delimitar criterios de diferenciación orientadores para los órganos jurisdiccionales, abordaje de la problemática general que supone la utilización de los informes fundamentados para justificar la acción penal, así como la intervención de la Administración pública, desde sus competencias y la configuración cada vez más recurrente de la imposición de penas por causas netamente administrativas, que al final del día son una evidente vulneración a la sociedad, principalmente, en la gestión de la actividad formal.

Desde el punto de vista metodológico, este trabajo se sustenta en un análisis dogmático del derecho administrativo sancionador y el derecho penal ambiental, complementado con un examen normativo del marco jurídico aplicable y una interpretación aclarativa de las normas y los precedentes relevantes. Este enfoque permite examinar los criterios jurídicos que orientan la delimitación entre la infracción administrativa

y el delito ambiental en el ordenamiento peruano, así como los principales problemas que se presentan en su aplicación práctica.

2. UN ACERCAMIENTO PRÁCTICO AL ROL DEL DERECHO AMBIENTAL PERUANO EN EL CONTEXTO ACTUAL

El derecho ambiental representa una rama jurídica destinada no solo a la protección del ambiente y de los elementos que lo integran, sino también a la realización de las actividades humanas y económicas que, por su propia naturaleza, generan impactos sobre los ecosistemas.

En este sentido, su función no se limita a establecer prohibiciones o restricciones, sino que busca encauzar dichas actividades dentro de parámetros que permitan evitar efectos ambientales graves, irreversibles o de imposible reparación, garantizando así un equilibrio razonable entre desarrollo económico y preservación ambiental.

En este contexto, la regulación ambiental suele ser objeto de cuestionamientos cuando se percibe que el diseño normativo privilegia de manera desproporcionada alguno de los intereses involucrados.

En particular, en el ámbito de la supervisión y la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones ambientales (función *ex post*), con frecuencia se sostiene que la autoridad administrativa competente —en el caso peruano, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)— desarrolla su actividad bajo condiciones relativamente estructuradas, en la medida en que gran parte de sus intervenciones se dirigen a agentes económicos formalmente constituidos, debidamente identificados y sometidos al control de policía de la Administración pública (San Martín, 2023, p. 80).

A menudo, estas actuaciones se llevan a cabo en lugares donde no es posible identificar con claridad a los responsables de la actividad ni determinar la titularidad de los predios involucrados, lo que añade dificultades adicionales al ejercicio efectivo de la potestad fiscalizadora e incluso puede exponer al personal inspector a situaciones que comprometen su seguridad física.

En la práctica, las condiciones en que se desarrolla la supervisión ambiental difieren de manera significativa según el contexto de la actividad inspeccionada. No es equivalente intervenir en una unidad

minera perteneciente a una empresa formalmente constituida —caso 1— que dispone de certificación ambiental y de los correspondientes títulos habilitantes, que realizar acciones de fiscalización en un espacio donde no existe claridad sobre quién ejecuta o dirige la actividad —caso 2—, cómo se organiza la operación ni cuál es la distribución efectiva de las labores. Además, en este escenario, la autoridad carece de información mínima que oriente su actuación, es decir, de una suerte de «hoja de ruta» institucional que permita encauzar la intervención, aun cuando exista normativa especial aplicable.

Este último supuesto básicamente implica que la operación no cuenta con certificación ambiental u otra relacionada y da cuenta a la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental (FEMA) correspondiente. Es justamente en este punto donde las incongruencias se presentan y cabe la legítima duda acerca de si bastarán los resultados de fiscalización del OEFA para que la FEMA inmediatamente impute la comisión de un delito ambiental, sea en el caso 1 (donde notamos la complejidad sustantiva de la delimitación entre lo administrativo y lo penal) o en el caso 2.

3. INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA: A PROPÓSITO DE INSTITUCIONES JURÍDICAS DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y AMBIENTAL

La Administración pública es parte elemental de la regulación de la conducta de los actores (administrados) en el marco de las obligaciones ambientales que asumen.

Los controles sirven para delimitar las acciones del administrado, para someterlo, pero en el marco de sus compromisos y de la ley, no al punto de ser dictatorial, sino de un empleo equilibrado de la fuerza o, si es pertinente, de la soberanía estatal.

Resulta limitado que solo pensemos en los imperativos administrativos como elementos suficientes para regular al administrado. Ello no podría estar más alejado de la realidad y la práctica.

Baldwin (1990) estatuye:

las normas no funcionan cuando aquellos con voluntad de cumplirlas no saben qué implica cumplir (agentes bien intencionados,

pero mal informados) y cuando aquellos menos deseosos o capaces de cumplir (agentes bien/mal informados y malintencionados) no están lo suficientemente estimulados para cumplirlas. (p. 324)

Ahora bien, aquí es importante notar la disciplina de la regulación y que no está exenta de equivocaciones, las cuales podemos llamar fallas regulatorias.

Al respecto, tenemos (i) regulaciones ineficaces: efectos generados por regulaciones que no se condicen con los objetivos esperados; (ii) regulaciones ineficientes: efectos generados por regulaciones a un costo que no es razonable; y (iii) regulaciones contraproducentes: efectos generados por regulaciones que no solo son inefectivas, sino que generan el efecto contrario.

Ya en el plano práctico, la Administración pública debe manejar y difundir información sobre las acciones que realiza, lo cual es diferente a alertar al administrado sobre sus obligaciones (que ya debe conocer), sino que se trata de hacer transparentes los medios (procedimentales) que empleará para determinar el presunto incumplimiento de una obligación, sea aquella que está en el marco de su certificación ambiental, la norma, la medida administrativa dictada, etc.

3.1. La Administración pública, la fiscalización y su potestad sancionatoria

En más de una oportunidad podemos caer en la diversidad terminológica acerca del ejercicio de la fiscalización que hace la Administración pública y la potestad que ostenta para sancionar.

Todo empieza con la actividad administrativa de fiscalización, establecida en el Decreto Legislativo n.º 1272, luego contemplada en el numeral 239.1 del artículo 239 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO LPAG), aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, que dispone que la fiscalización es el conjunto de actividades que realiza la Administración pública para verificar que los ciudadanos y las empresas cumplen con las normas y las leyes vigentes, con el fin de proteger los intereses públicos.

El profesor Morón Urbina (2020) expone adecuadamente el siguiente análisis:

Esta regulación innovadora en el derecho comparado le otorga un tratamiento unitario y común a las dispersas formas de intervención que las entidades públicas, de manera directa o indirecta, realizan sobre el ejercicio de libertades de los administrados con el objeto de comprobar si en el ejercicio de alguna [de] esas facultades o, en el cumplimiento de sus obligaciones, ha cumplido con los deberes legales impuestos por el ordenamiento administrativo, por algún contrato que les vincula u con base a otra fuente jurídica. (p. 18)

Esta forma de control obedece a los imperativos legales definidos y advertidos al administrado cuando decide embarcarse en un proyecto de inversión, por dar un ejemplo.

La Administración pública, en ese supuesto, está presente desde el inicio, vale decir, desde la regulación para la obtención de los títulos habilitantes hasta el seguimiento de los compromisos adoptados al conseguirlos y, de ser el caso, sancionarlos.

La fiscalización, como tal, es la función de policía (Rebollo, 2017, pp. 66-79), la cual debemos reconocer como la incidencia y la limitación que se dirige a los intereses de los administrados, por parte de la Administración pública. Así, Sánchez Povis (2020) estatuye que la intervención de esta admite la prevención de «incumplimientos (prevención del riesgo), se incentive la observancia del Derecho (cumplimiento) y se informe (eduque) a los particulares respecto a las obligaciones que tienen a su cargo» (p. 39).

En ese orden de ideas, la inspección comprende una autonomía por parte de la Administración pública, pero requiere de recursos, conocimiento y habilitación normativa para una correcta aplicación de esta.

Es un problema conocido y recurrente que las autoridades administrativas no cuenten con «recursos suficientes para ejercer, siquiera, en un sector relevante de la población sus potestades inspectivas; tampoco es conveniente socialmente que la Administración se encuentre permanentemente detrás de los particulares para observar y verificar que cumplen con la ley» (Tirado, 2011, p. 255).

En consecuencia, es indiscutible el rol de la Administración pública, por causa de conocimiento y dominio de materia. Asimismo, debemos advertir la celeridad que implica que las autoridades administrativas fiscalicen y, de ser el caso, sancionen, contra lo que sería involucrar a los órganos jurisdiccionales para dicho fin. Esto último sería inviable e inimaginable.

3.2. El Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

El Ministerio del Ambiente fue creado en el marco del Decreto Legislativo n.º 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente. Según el artículo 4 del referido decreto legislativo, sobre su ámbito de competencia, dispone que desarrolla, dirige, supervisa y ejecuta la política nacional del ambiente.

Indiscutiblemente, el rol del Ministerio del Ambiente marcó un hito en nuestro país. En lo que a la potestad sancionadora se refiere en el plano ambiental, consideremos la organización habilitada, con base en la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente y, particularmente, en el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Sinefa), creado por la Ley n.º 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

El Sinefa se define como:

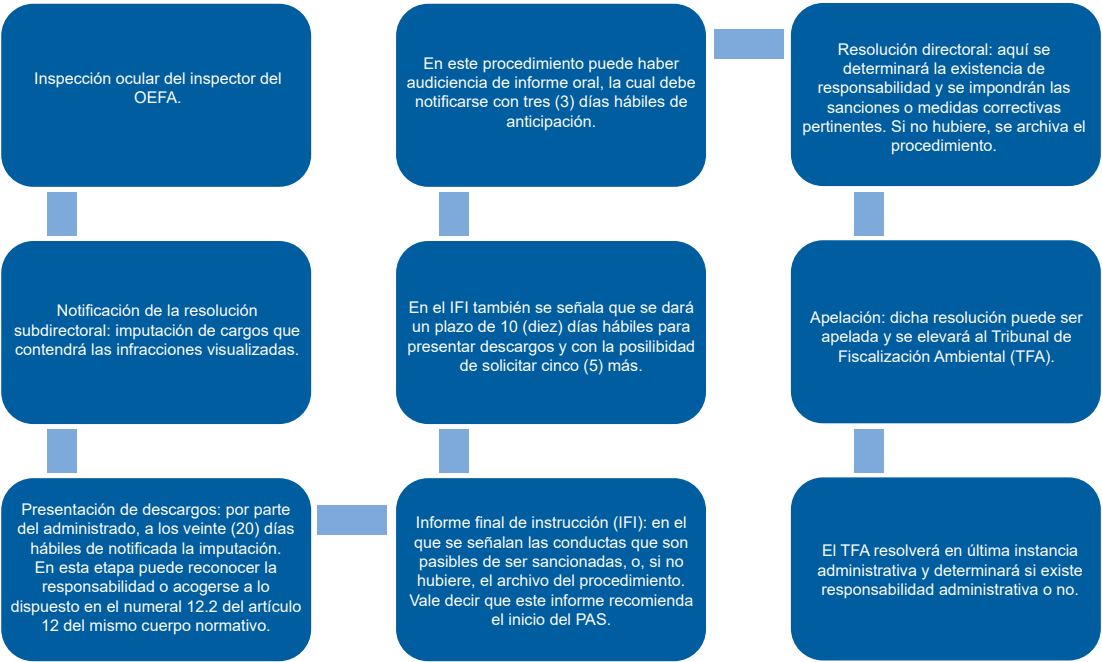
el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos que tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables, como contar con la certificación ambiental para la ejecución de proyectos o actividades de servicios y comercio, manejar los residuos sólidos de manera adecuada, entre otras. (Gob.pe, 2024, párr. 1)

Como tal, la fiscalización ambiental no se limita al OEFA. Para ser más precisos, es una entidad de fiscalización ambiental (EFA) de alcance nacional; mientras que existen otras entidades de la Administración pública que cuentan con competencias de fiscalización en la materia, y existen aquellas de índole regional y local.

Así las cosas, una vez que la Administración pública determina, en mérito de la actividad administrativa de fiscalización, el incumplimiento de una obligación normativa ambiental, corresponderá el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS). Ello está en la línea de lo dispuesto en el inciso 4 del numeral 245.1 del artículo 245 del TUO LPAG, el cual establece que las actuaciones de fiscalización podrán concluir en «la recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan».

El PAS del OEFA se encuentra regulado en virtud de lo expuesto en el TUO LPAG, pero además en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo n.º 027-2017-OEFA-CD y modificada por la Resolución del Consejo Directivo n.º 00011-2021-OEFA/CD y la Resolución del Consejo Directivo n.º 032-2021-OEFA/CD.

Figura 1
Procedimiento Administrativo Sancionador de OEFA



Nota. Elaboración a partir de la Resolución de Consejo Directivo n.º 027-2017-OEFA/CD y San Martín (2022a, p. 57).

3.3. La determinación de la infracción administrativa en los asuntos ambientales

El factor procedimental que maneja el OEFA, guiado por las disposiciones del TUO LPAG y las normativas especiales, permite transparencia y predictibilidad en su accionar, bases imperativas en los principios del derecho administrativo. En este campo, debemos ser, de todas formas, precisos al determinar sobre qué se inicia un PAS.

La confrontación evidente entre la Administración pública y el administrado se da, pues, con el PAS. Pero no representa la primera interacción entre ambos, pues tal como hemos colegido anteriormente, su interacción versa desde el momento de recabar títulos habilitantes, quizás antes, cuando existan dudas acerca de qué se debe realizar para efectuar formalmente una actividad y no caer en la ilegalidad. Claro, estamos refiriéndonos a un agente bien intencionado que busca información fidedigna.

Ahora bien, las conductas pasibles de infracción administrativa tienen un alcance amplio; no nos atreveríamos a decir que deban ser determinadas y determinables, debido a que la protección ambiental, en la actualidad, la vemos desde distintas regulaciones, con énfasis en los sectores productivos y extractivos.

Entonces, a una infracción le corresponde una sanción, todo lo cual encaja en los alcances del principio de legalidad, gradualidad, predictibilidad, etc.

Para determinar una infracción hay que supervisar, fiscalizar, inspeccionar y lograr certeza en la imputación aseverando que esta se fundamenta «más allá de duda razonable».

Esta frase, que abunda en las decisiones administrativas y judiciales, es cuestionable. ¿Cómo determino qué es una duda razonable? ¿Qué significa ir más allá de esta? ¿Acaso estamos refiriéndonos a asegurarnos de que la actuación, sea la de la Administración pública, del fiscal o el juez, sea conforme a derecho? Pero eso debe ser así.

Lo que esa frase origina es más incertidumbre, que permite una tarea ideal para el abogado defensor que podría invocar el desconocimiento justificado, la indefinición normativa, la confusión práctica del imputado sin alevosía, etc.

En asuntos tan técnicos como el ambiental, no puede permitirse una generalidad semejante. Es contraproducente porque daño ambiental y riesgo no son lo mismo y sus consecuencias tampoco lo son.

Así pues, el derecho ambiental se erige como un derecho de regulación y gestión de riesgos: (i) decide sobre los riesgos ambientales que pueden ser admitidos o rechazados; (ii) garantiza la adecuada gestión, reducción y control de riesgos; (iii) sanciona a quien sobrepase los niveles de riesgo permitidos e incumpla sus obligaciones ambientales; y (iv) repara los daños ambientales que, en esencia, fueron generados por una inadecuada gestión y control de esos riesgos (Esteve, 2017, pp. 28-30; Grandez, 2024, p. 33).

Como hemos podido advertir, el OEFA fiscaliza diversos sectores, por lo que la normativa que tipifica las infracciones y las sanciones es amplia. Para efectos de determinar la sanción y la graduación, OEFA se vale de una metodología determinada, que se contempló en el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 007-2012-MINAM, que aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales.

En esa línea, la Presidencia del Consejo Directivo del OEFA, mediante la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo n.º 035-2013-OEFA-PCD, aprobó la metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes que se utilizarán en la graduación de sanciones.

Las multas dispuestas por la autoridad administrativa tienen la función de desincentivar la comisión de infracciones a la legislación ambiental, a su vez que

[brindan] tratamiento equitativo y razonable a los administrados a través del conocimiento público de los criterios objetivos que permiten su graduación, así como contribuyan a garantizar la resolución expeditiva de los problemas ambientales que ponen en riesgo el valor de los recursos naturales, la protección de la salud y la vida humana. (Resolución de Presidencia del Consejo Directivo n.º 035-2013-OEFA/PCD, p. 1)

No somos de la concepción de que esta metodología sea efectivamente el desincentivador de las conductas indeseadas en el marco normativo, pues si nos imaginamos la severidad económica de una multa (en efecto, se introducen efectos o elementos económicos para abordar razonabilidad, gradualidad, incluso legalidad a la metodología) para una empresa, esta podría ver perjudicada su propia gestión, agotando sus recursos en garantizar el pago, que no es empleado para reparar un daño, ya que dicha acción igual corresponde a la empresa en el marco del principio de responsabilidad ambiental contenido en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.

Ello, sin perjuicio de la aplicación del principio de no confiscatoriedad, por el cual, de conformidad con el numeral 12.2 del artículo 12 de la Resolución de Consejo Directivo n.º 027-2017-OEFA/CD, «la multa a ser impuesta no puede ser mayor al diez por ciento (10 %) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que ha cometido la infracción».

De acuerdo con numeral 12.6 del artículo 12 de la resolución antes mencionada, la disposición acerca de la aplicabilidad del principio de no confiscatoriedad es inviable cuando el infractor:

- (i) Ha desarrollado sus actividades en áreas o zonas prohibidas, de acuerdo a la legislación vigente.
- (ii) No ha acreditado sus ingresos brutos, o no ha remitido la información necesaria que permita efectuar la estimación de los ingresos que proyecta percibir.

Con todo, el debate sobre la valorización del daño ambiental es recurrente y entendemos que es uno que amerita mucha información técnica, de la que no gozamos efectivamente. Seguimos, entonces, la reflexión de Martín Mateo (2015), quien discute:

La reparación del daño ambiental es hoy un presupuesto básico de la tutela del medio, lo que supone, además de la identificación del responsable, vía precisión del nexo causal, la valoración en términos económicos del remedio del daño causado, y no tanto de los

perjuicios intrínsecos ocasionados al titular de los bienes implicados, en nuestro caso la colectividad, lo que da propia sustantividad a la problemática aquí abordada, que se distancia de la de naturaleza civilística. (p. 58)

Para efectos de la aplicación de la metodología antes explicada, OEFA se vale del PAS para llevar a cabo la fiscalización ambiental que «no es otra cosa que un procedimiento que busca determinar la responsabilidad administrativa del administrado por la comisión de un ilícito administrativo sancionable bajo la normativa sectorial correspondiente» (San Martín, 2022a, p. 127).

4. EL DELITO AMBIENTAL (Y DE MINERÍA ILEGAL)

Los delitos cometidos en contra del ambiente reciben, en el marco del Código Penal peruano, la denominación de delitos ambientales, que corresponden al Libro Segundo, Título XIII, y que componen cuatro capítulos que van del artículo 304 al 314-D.

El delito emblema de esta sección del Código es el delito de contaminación ambiental:

Artículo 304.- Contaminación del ambiente

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

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

Consideramos firmemente que esta es una tipificación sumamente amplia. El legislador procuró agrupar todos los tipos de afrentas ambientales en un artículo, lo que hace que la interpretación sea extensa y genere un sinnúmero de interpretaciones. Es, prácticamente, pretender agotar todas las modalidades de afectación al ambiente en una conducta, lo cual, por supuesto, dista de la realidad.

Otro apunte relevante es que el artículo 304 del Código Penal dispone que la conducta se configura cuando se cause «perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental». Esto es, la graduación de la conducta se limita a lo grave, con lo que la categorización administrativa para las infracciones que devienen en leve, grave o muy grave se ve confrontada y ofrece confusión.

¿Qué es grave para lo penal? ¿Lo que para la norma administrativa es muy grave es equivalente a lo grave para lo penal?

Quizás, sí, pero no tenemos una disposición expresa al respecto, por lo que interpretaríamos que para la norma penal una actuación es leve o grave si se trata de la primera, se deja a lo administrativo; mientras lo segundo, a lo penal.

De todas formas, es controvertido, pero no deberíamos agotar la discusión en un tema semántico. Lo que debería quedar evidenciado es que el artículo 304 del Código Penal demuestra que el derecho penal es la última ratio en la impartición de justicia.

Una atingencia prudente es que la contaminación ambiental no es el único delito ambiental que existe, aunque por mucho tiempo el Código Penal así lo contempló. Pero habida cuenta de su definición, la contaminación es una forma de dañar, aunque no es la única.

De igual forma, el Código Penal no define delito ambiental, por lo que es prudente concretar una explicación al respecto. Así, entendemos por delito ambiental:

«[...] aquella acción típica, antijurídica y culpable o violatoria de preceptos legales o reglamentarios, dirigida a trastornar nocivamente el ambiente, desmejorando la calidad de la vida y que es merecedora de una sanción penal» (p. 209). Por consiguiente, la descripción de una conducta positiva (hechos) o negativa (omisiones)

como delito es del tipo penal. No se podrá castigar penalmente a una persona cuya conducta la ley no la considere un delito (Walss, 2001). (Chirino et al., 2016, p. 181)

Como es posible desprender de la definición citada, la contaminación es una modalidad más. Ciertamente, la norma incide ahora en nuevos tipos, en particular uno de compleja caracterización y avance en la actualidad: el delito de minería ilegal.

El factor clave radica en que las normas avanzan en función del descubrimiento de tecnología, de avance en la investigación científica que permite definir nuevas instituciones o, incluso, poner en debate la aplicación de prácticas vigentes que en realidad podrían sostener un daño ambiental.

En este contexto, el delito de minería ilegal fue recién incorporado el 29 de febrero de 2012, de conformidad con el artículo primero del Decreto Legislativo n.º 1102, Decreto Legislativo que Incorpora al Código Penal los Delitos de Minería Ilegal.

Específicamente, el artículo 307-A define al delito de minería ilegal, cuyo texto fue modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1351, que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana y, a su vez, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1695, del 20 de enero de 2026:

El que realice actividad de exploración, extracción, explotación, beneficio u otra actividad minera según la ley de la materia, de recursos minerales metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa.

La misma pena será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación, beneficio u otra actividad minera según la ley de la materia, de recursos minerales metálicos o no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización,

que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Desde nuestra óptica, la minería ilegal amenaza la sostenibilidad de nuestros recursos y los medios de aprovechamiento adecuado de los recursos naturales. Además, se conduce como un vehículo para el narcotráfico, lavado de dinero, terrorismo, explotación sexual, explotación infantil, trata de personas, prostitución, entre otras tantas vejaciones que quebrantan la dignidad que caracteriza a los seres humanos y afecta al ambiente y a sus componentes (San Martín, 2022a, p. 158).

4.1. La intervención especial de la autoridad ambiental: acerca de los informes fundamentados

Previamente, hemos abordado la forma concreta en que la Administración pública actúa al momento de fiscalizar y sancionar. Sin embargo, no podemos discutir que esa sea su única misión, mucho menos en esta investigación delimitadora entre infracción y delito.

Así, emerge la figura del informe fundamentado, regulada en el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, que fue sustituido por el artículo 4 de la Ley n.º 29263, publicada el 2 octubre de 2008, que lo define como el informe emanado por la autoridad ambiental competente sobre infracción de la normativa ambiental.

De esta forma, es obligatorio que la autoridad ambiental emita un informe técnico antes de que el fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria decida en la etapa intermedia del proceso. Este informe debe entregarse en treinta (30) días y será clave para la decisión del fiscal o el juez.

Conocida la naturaleza jurídica del referido informe, es esencial definirlo, advertir su funcionalidad concreta, su contenido básico y el momento preciso de obtenerlo por parte de los órganos jurisdiccionales.

4.2. Las características y la funcionalidad del informe fundamentado

El informe permite llenar el tipo penal en blanco que es la naturaleza de los delitos ambientales y de minería ilegal. Por tanto, su empleo es

sustancial para el fiscal al momento de la acusación y para el juez al momento de resolver. La ley ambiental sostiene que su evacuación es obligatoria, pero no refiere concretamente que este represente el solo sustento para acreditar la comisión del tipo penal.

El asunto concreto de los informes fundamentados estriba en su uso. Este reviste de tal importancia que el numeral 149.1 del artículo 149 de la Ley General del Ambiente cuenta con una reglamentación propia. Esta reglamentación ha cambiado hasta en tres oportunidades: en primer lugar, se tuvo el Decreto Supremo n.º 004-2009-MINAM; en segundo lugar, el Decreto Supremo n.º 009-2013-MINAM; en tercer lugar, el vigente Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM.

Al respecto, el numeral 2.1 del artículo 2 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM establece:

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

Aunque no está establecido expresamente, debería también obedecer al delito de minería ilegal, pero es probable que su contenido no verse esencial y exclusivamente en lo ambiental, sino además en el tipo de minería que se hace y, especialmente, si quien está realizando la conducta imputada está en condición de minero informal o minero ilegal. Determinarlo es ineludible porque cuando hablamos de minero informal entendemos que es aquel que está en vías de formalización, por lo que debe estar inscrito en el Registro Integral de Formalización Minera (REINFO); mientras que el ilegal es simplemente un actor que desafía y contraviene la ley a sabiendas de esta. Y la relevancia de distinguir estas figuras estriba en las acciones de interdicción, que son acciones concretas destinadas a identificar, reprimir, enfrentar, prohibir y vetar de manera inmediata la minería ilegal. Básicamente, un informe fundamentado para el delito de minería ilegal debe decir si el imputado está inscrito en el REINFO o no.

Ahora bien, el tema sustancial en este apartado tiene que ver con la procedibilidad o procedencia.

De acuerdo con el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM:

El informe fundamentado no constituye un requisito de procedibilidad de la acción penal. El Fiscal puede formular su requerimiento fiscal, prescindiendo de este, con las pruebas de cargo y descargo recabadas durante la investigación preparatoria. Sin perjuicio de ello, es obligatoria para la autoridad responsable de su elaboración la emisión de este, bajo responsabilidad.

Esto último representa la paradoja del informe fundamentado tal como está regulado hoy.

Con anterioridad a lo establecido en el artículo 4 de la Ley n.º 29263, el artículo 149 de la Ley General del Ambiental disponía:

el informe será evacuado dentro de un plazo no mayor a 30 días y, si resultara competente en un mismo caso más de una entidad sectorial y hubiere discrepancias entre los dictámenes por ellas evacuados, se requería opinión dirimente y en última instancia administrativa al Consejo Nacional del Ambiente.

Este escenario pasado no definía en qué momento del proceso la presentación del informe fundamentado era admitida.

Actualmente, en las investigaciones penales por los delitos ambientales, será de exigencia obligatoria la evacuación 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. Con lo que el momento de presentación del informe está definido desde el ámbito del proceso.

Con relación a la entidad que elabora el informe fundamentado se establece de acuerdo con el numeral 3.1 del artículo 3 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM:

para los delitos contemplados en el Capítulo I del Título XIII del Código Penal (delitos de contaminación) y en el artículo 314-B del Capítulo III del Título XIII del Código Penal (responsabilidad funcional e información falsa), es la Entidad de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local que ejerza funciones de fiscalización ambiental, respecto de la materia objeto de investigación penal en trámite.

Seguidamente, el numeral 3.2, dispone que «en caso exista más de una autoridad responsable de la elaboración del informe fundamentado, el Fiscal puede requerir su elaboración a cada una de estas, quienes emiten el citado informe en el marco de sus funciones y competencias».

Sin perjuicio de ello, si el fiscal lo considera necesario puede requerir a OEFA, según sostiene el numeral 3.3, la identificación de la autoridad responsable de la elaboración del informe fundamentado. Es bastante común que la entidad a la que se le requiera el informe sea el OEFA.

Es de advertir que para fiscales y jueces la dinámica ambiental sigue siendo de conocimiento básico porque son diversas las autoridades las que tienen competencias de fiscalización y para el esclarecimiento de ello recurren a un tercero.

La figura del OEFA, por supuesto, estriba en que es el ente rector del SINEFA y eso le daría conocimiento sobre el alcance de las demás EFA y su ámbito de acción, aunque es prudente precisar que no cuenta con atribuciones para sancionarlas en caso incurran en incumplimientos. En ese extremo, podrá realizar informes que expliquen dichas conductas contrarias a sus funciones, los que serán trasladados a la Contraloría General de la República para que actúe en el marco de la responsabilidad funcional que tiene el funcionario y/o servidor público.

Tabla 1

Sobre el contenido del informe fundamentado

Contenido del informe fundamentado Investigación penal de los delitos tipificados en el Capítulo I del Título XIII, delitos de contaminación; y en el artículo 314-B del Capítulo III del Título XIII, responsabilidad funcional e información falsa del Código Penal
a) Antecedentes de los hechos materia de investigación.
b) Base legal aplicable al caso analizado.
c) Competencia de la autoridad.
d) Identificación de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados involucrados en la investigación penal, que se encuentren contenidas en leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental y otras fuentes, que resulten aplicables a los hechos descritos por el Ministerio Público. Adicionalmente, si no se tratara de administrados sometidos a la supervisión y/o fiscalización, se debe señalar expresamente ello.
e) Información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas por la entidad a la que se solicita el informe y/o reportes presentados por los administrados que se encuentren involucrados en la investigación penal.
f) Conclusiones.

Nota. Elaboración propia a partir del artículo 4 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM.

A propósito de ello, García Caveró (2015) aduce que, en cuanto al contenido del informe, este «se debe limitar a esclarecer la normativa ambiental que eventualmente se habría infringido en el caso concreto, lo que resulta razonable en un tipo penal configurado con una dosis fuerte de accesoriedad administrativa» (pp. 1055-1056).

En este punto, debemos precisar que la autoridad ambiental competente, en estricto, no realiza un trabajo de investigación.

Si nos referimos a las EFA, en cualquiera de los niveles existentes, estas no investigan para los efectos del tema penal, solo brindan resultados de la casuística administrativa de un asunto particular.

Desde nuestro punto de vista, el informe fundamentado es una remisión de información, aunque con características particulares (aquellas definidas en el artículo 4 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM) que la diferencian de una simple solicitud de acceso a la información pública que podría realizar cualquier ciudadano.

Lo anteriormente señalado se fundamenta en lo establecido en el numeral 10.1 del artículo 10 del Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM, que dispone:

El Fiscal, en cualquier momento de la investigación y hasta antes de emitir pronunciamiento en la etapa intermedia del proceso penal, puede solicitar el informe fundamentado a la autoridad responsable, conforme a lo establecido en el Reglamento, a través de un oficio, adjuntando copia de la disposición fiscal correspondiente, en la cual se indique el pedido expreso del informe fundamentado, los antecedentes de los hechos denunciados, la disposición que da inicio a la investigación, los actuados más relevantes, así como cualquier otra información relevante para que la autoridad responsable emita el informe.

Con todo, el vacío argumentativo del tipo penal en blanco se cubre con el informe fundamentado. No obstante, tengamos claro que, si bien la normativa dispone que será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe por escrito por la autoridad ambiental, ello no quiere decir que su contenido sea de obligatorio acatamiento para el fiscal.

De esta forma, resulta indudable que las conclusiones del informe fundamentado no son vinculantes para el fiscal; en otras palabras, que «no se excluye una interpretación divergente por parte del fiscal y, dado el caso, hasta del propio juez penal» (García Caveró, 2015, p. 1056).

Debemos también precisar que el informe fundamentado no es un peritaje o un informe pericial para efectos de demostrar la comisión de un delito, justamente porque «no forma parte del objeto analizado en el informe fundamentado la relación causal entre el hecho y el ilícito ambiental ni mucho menos una opinión ilustrativa sobre un supuesto daño ambiental causado» (Hurtado, 2023, párr. 17).

5. LOS CRITERIOS DE DELIMITACIÓN

Ahora que hemos explicado la actuación de la Administración pública, el rol del OEFA, su potestad sancionadora, la metodología del cálculo

para las infracciones administrativas, los delitos de contaminación, así como el marco general de los informes fundamentados, corresponde un análisis de los criterios de delimitación que estimamos pertinentes entre lo administrativo y lo penal.

«El hecho de que el ambiente penalmente protegido se encuentre definido con base en parámetros administrativamente establecidos obliga a la regulación penal de los delitos ambientales a decidir cómo influyen estos referentes administrativos en la imputación penal» (Fuentes, s. f., citado por García Caveró, 2015, pp. 843-844).

La concretización de los criterios estriba en definir elementos que debemos conocer efectivamente y que, para quien no está familiarizado con el derecho administrativo y ambiental, resultará difícil de comprender al momento de acusar o de decidir en instancia judicial.

5.1. Primer criterio: el daño ambiental no es similar al riesgo

El artículo 142 de la Ley General del Ambiente se refiere a la responsabilidad por daño ambiental:

142.1. Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

142.2. Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

El numeral 142.2 del artículo 142, define el daño ambiental, aunque consideremos que es una definición muy corta (vaga) para lo relevante que resulta.

En consecuencia, nosotros sostenemos que daño ambiental significa impacto ambiental negativo severo como consecuencia de actividades tanto legales como ilegales que contaminan, deterioran y depredan los recursos naturales, afectando además la salud humana y las interacciones sociales, políticas y económicas, ante la ausencia de fiscalización eficiente y prácticas sostenibles.

Un aspecto controvertido que ofrece el numeral 142.2 es que el daño se puede configurar «contraviniendo o no disposición jurídica», lo cual ha generado más de un debate y, sin duda, confusión. Empero, Lanegra (2013) acertadamente alega:

la acción humana que genere un daño ambiental o contribuya a él no es necesariamente infractora de alguna norma legal. El ejemplo más sencillo es el efecto de acumulación de múltiples acciones permitidas, o al menos no prohibidas, las que combinadas pudieran contribuir a producir un menoscabo material negativo. (p. 191)

Las actividades extractivas, como la minería, son riesgosas. El solo hecho de ingresar a una unidad minera representa un riesgo, que se pretende reducir al máximo con el requerimiento de seguros complementarios de trabajo de riesgo (SCTR) para trabajadores, contratistas, visitantes, etc., además de las capacitaciones y las inducciones exigidas legalmente.

Decir que cada una de las actividades mineras conlleva un riesgo es algo absolutamente general y discutible. En la formalidad, estos son advertidos de forma solvente y la tecnología y las buenas prácticas de gobernanza y de seguridad y salud ocupacional han permitido cada vez menos accidentes e incidentes en el sector. No podemos dejar de lado el hecho de que la minería es uno de los sectores más fiscalizados, en tiempo y acciones concretas.

Para lo administrativo, la responsabilidad siempre será objetiva. Es decir, que no importa si hubo dolo o culpa. Así lo confirma el artículo 18 de la Ley n.º 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

En este criterio, que haya riesgo en una operación no significa que eso va a devenir en un daño. Esta precisión es de profundo interés para los criterios de delimitación, donde la figura principal será la de los umbrales.

5.2. Segundo criterio: los umbrales

Conocer el momento de la configuración del daño es esencial para aplicar la normativa pertinente; máxime si estamos ante una conducta con potenciales efectos severos, sea en el ambiente y sus componentes, en la salud humana, etc.

Por umbrales entendemos los parámetros bajo los cuales se fijan límites determinados y determinables de los efectos de una actividad concreta.

Estas figuras son los instrumentos de gestión ambiental de control: estándares de calidad ambiental (ECA) y los límites máximos permisibles (LMP).

Los ECA y los LMP son distintos; el primero hace referencia a normas de inmisión; mientras que el segundo, a normas de emisión.

Tomemos el caso de los LMP para la descarga de efluentes líquidos de actividades minero-metalúrgicas. La norma va a establecer el umbral en función de parámetros determinados (como pH, sólidos totales en suspensión, etc.), de los cuales va a fijar valores que establecen qué está permitido y qué no.

Un ejercicio muy sencillo es tomar uno de esos parámetros, por ejemplo, el pH. La norma establece que el umbral va de 6 a 9. Si al momento de una toma de muestra por la autoridad competente se detecta que el pH está en el rango antes indicado, entonces no hay infracción administrativa, no amerita una sanción, pues está cumpliendo con un mandato legal; no obstante, si se detecta que el valor es de 10, estamos frente a un ilícito administrativo, pasible de sanción por la autoridad administrativa competente.

Pero esta descarga que se realiza, por más que esté dentro de los límites, no deja de ser el ingreso de un cuerpo distinto al receptor. Hay, en efecto, una contaminación, pero habida cuenta de la normativa, no es

infracción, porque entenderíamos que en el desarrollo científico para la concreción de esos valores tal rango no afecta la capacidad de carga o de la resiliencia que caracteriza a todo recurso natural.

Ahora bien, con especial atención a los informes fundamentados abordados en el apartado 4, adviértase, como hemos apuntado, que la intervención del derecho penal se justifica cuando la afectación alcanza un nivel de gravedad o lesividad suficiente. El criterio de los umbrales no se dirige a un empleo indiscriminado, sino uno de suma responsabilidad y objetividad, por lo que sugerir la determinación de responsabilidad penal en virtud del exceso en parámetros administrativos es ilógico.

Los ECA y los LMP constituyen instrumentos de gestión ambiental de control que se presentan como base objetiva para el éxito de la regulación administrativa y el control de actividades productivas y/o extractivas.

Si bien la superación de estos umbrales puede constituir un indicio técnico de contaminación o de riesgo ambiental, no determina automáticamente el tipo penal (delito de contaminación ambiental).

En consecuencia, si la fiscalía requiere y, posteriormente, obtiene el informe fundamentado respectivo, que acreditó que en el marco de un procedimiento administrativo sancionador la empresa fue sancionada por el exceso en un LMP, por ejemplo, esa no es razón suficiente para acreditar el empleo de la acción penal.

Como hemos delimitado, esta se da cuando la situación que derivaría de un tema administrativo configure tal gravedad que justifique que una acción más compleja tenga a bien ser empleada. De lo contrario, se corre el riesgo de trasladar al ámbito penal incumplimientos que corresponden al derecho administrativo sancionador, produciendo una expansión indebida del derecho penal, según el cual la intervención penal debe reservarse para aquellas conductas que ocasionen o generen un peligro especialmente relevante para el ambiente.

5.3. Tercer criterio: abordaje de la accesoriedad

La explicación de los delitos de contaminación ambiental y de minería ilegal que hicimos en apartados precedentes nos permite abordar el caso de la accesoriedad del derecho penal respecto al derecho administrativo.

La accesoriedad se destaca, como modelo técnico-legislativo, porque, aunque exista un verdadero peligro o lesión efectiva a los objetos ambientales, resultará irrelevante penalmente si no se infringen las normas jurídicas de protección ambiental [...] El principio de accesoriedad administrativa responde a una nueva tendencia en materia jurídico-penal que se denomina «administrativización» del Derecho penal. (Reátegui, 2006, p. 108)

Como hemos explicado, los delitos ambientales, conforme están consagrados en el Código Penal, son tipos penales en blanco. Así las cosas:

es unánime la jurisprudencia con relación a la estructura del delito de contaminación ambiental y no hay cuestionamiento alguno en su reconocimiento como una ley penal en blanco, que exige la remisión a la legislación extrapenal a fin de verificar si existe una acción típica materializada en infracción de leyes o reglamentos protectores. (Hurtado, 2023, párr. 2)

Sin perjuicio de ello, García Caveró (2015) expone que «al legislador penal poco le ha interesado el establecimiento de criterios de delimitación entre el delito y la infracción administrativa. En el caso de los delitos ambientales, la ausencia de criterios de delimitación es patente» (p. 1045).

Precisamente, podemos advertir que en el caso de los delitos que hemos analizado en la presente (contaminación ambiental y minería ilegal), la acción que los configura es una que ha transgredido normativa administrativa. Así, un sector de la doctrina estima que lo que distingue al delito de la infracción administrativa es un especial desvalor del resultado expresado en una puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido (Caro, 1999, p. 279; García Caveró, 2015, p. 1046; Reátegui, 2006, p. 137).

Así pues:

la técnica de las leyes penales en blanco siempre ha propiciado un importante debate, fundamentalmente desde la perspectiva del

principio de legalidad, en la medida que la redacción del tipo penal aparece incompleta y debe ser colmado con la técnica del reenvío a normas extrapenales. (Prats Canut, 1996, p. 1513)

El derecho penal requiere del derecho administrativo para abordar aspectos propios del contenido técnico-especial del tipo penal ambiental que se fundamenta en la labor de la Administración pública al momento de ejercer su potestad sancionadora y que se vale de las supervisiones, las inspecciones y demás.

5.4. Cuarto criterio: tendencia y utilidad de la labor administrativa, la adecuada conducción del fiscal y del juez penal

Para que un delito ambiental quede configurado y evidenciado, esto es, que la acusación del fiscal tenga cimiento, debe conocer la dinámica que ha seguido la conducta imputada desde el campo del derecho administrativo.

Como hemos sabido precisar, al derecho penal se le deja lo más grave, es el último bastión de aplicación de justicia. Además, este ánimo de escaso interés a las cuestiones ambientales no nos debe llevar a una «extensión irrazonable de la regulación penal» (García Caveró, 2015, p. 1045).

No obstante, la práctica nos ha demostrado, con suma preocupación, una aproximación que consideramos equivocada por muchos fiscales. En el marco del XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal, la intervención de Caro (2023) sostuvo que se inicia proceso penal por delito ambiental por la sola comisión de un ilícito administrativo, lo cual no tiene asidero.

En el apartado anterior, tocamos el caso de los LMP para la descarga de efluentes líquidos de actividades minero-metalúrgicas. Establecimos que de no superar los LMP la actividad es lícita, es decir, tolerable para el derecho. Por otro lado, si se supera el umbral establecido, entonces se configurará la infracción administrativa. Vale decir que, si se demuestra que la empresa minera está descargando efluentes que han superado los LMP en un río, está afectando el componente ambiental pertinente, hecho que la inspección (supervisión) de la autoridad administrativa

determinará con las tomas de muestra, entre otros medios que estime adecuados. Pero esa circunstancia no configura el delito ambiental.

Caro (2023) asevera que la equiparación entre ilícito administrativo y delito ambiental es tendenciosa

no solo porque viola las reglas más elementales del Derecho penal vigente [...], sino porque conlleva un enorme desperdicio de recursos públicos y privados, procesos penales que se extienden por años en base a falsos positivos, casos que deberían filtrarse desde la etapa preliminar (rechazo in limine o no formalización de investigación preparatoria) y que terminan por prescripción o sentencias absolutorias. (párr. 3)

Esta equiparación es más una presunción peligrosa. En el caso antes mencionado, es diferente el supuesto en el que la empresa es sancionada por haber sobrepasado el LMP del efluente que ingresó en el río (infracción administrativa); con respecto al supuesto de que habida cuenta de esa circunstancia, la población que vive aguas abajo y que toma agua del río, la ingiera, se enferme gravemente, lo que incluso puede causarle la muerte (delito ambiental). En suma, no es lo mismo superar un LMP, que el hecho de que como consecuencia de este impacte directamente en la salud de una comunidad.

Para que el delito ambiental se configure, entonces, tenemos que conocer fehacientemente la actuación primigenia que tuvo la Administración pública, la información que manejó, las circunstancias, los hechos, etc., todo lo que el fiscal podrá solicitarle en un informe fundamentado con el contenido que el Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM establece.

Así las cosas, sobre la base del desarrollo en este trabajo, podemos advertir que los siguientes son los criterios complejos de delimitación que deben concurrir para una acertada labor del fiscal y el juez penal:

- a) El fiscal tiene que valorar la actuación de la Administración pública en un caso tan técnico como el de la infracción administrativa. Consideremos que los medios probatorios en un proceso penal por delito ambiental son de complejo análisis y especialidad.

- b) El fiscal debe solicitar el informe fundamentado a la autoridad ambiental en la etapa intermedia del proceso penal al amparo de lo dispuesto en el Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM.
- c) El informe fundamentado debe ser valorado, pero no es una exclusiva y eminente justificación al delito. Es decir, el fiscal no debe basarse solamente en el informe. En efecto, contar con el informe fundamentado no es condición para que se formalice el proceso penal.
- d) La autoridad ambiental no hace actividad probatoria. Esta no hace un trabajo de investigación. Por tanto, el fiscal debe corroborar el delito adecuadamente, realizar peritajes que acrediten la consecuencia más grave por haber transgredido una norma ambiental.
- e) El fiscal y el juez penal deben advertir que no es suficiente la vulneración de la norma ambiental para que haya delito.

Desde luego, a manera de balance, concreticemos las diferencias fundamentales entre la infracción administrativa y el delito ambiental.

Tabla 2
A propósito de las diferencias entre infracción administrativa y el delito ambiental, según criterios específicos

Criterio	Infracción administrativa (ambiental)	Delito ambiental
Fundamentación jurídica	Ilícito administrativo que vulnera normas de carácter regulatorio o de gestión ambiental.	Conducta típica, antijurídica y culpable que lesiona o pone en peligro grave el ambiente, tipificada en el Código Penal.
Normativa aplicable	Ley General del Ambiente, TUO Ley del Procedimiento Administrativo General y normas sectoriales (OEFA, SERNANP, ANA, OSINERGMIN, etc.).	Código Penal peruano, especialmente arts. 304 a 314 (delitos contra el ambiente).
Bien jurídico protegido	El ambiente en cuanto al alcance de la normativa ambiental, de los instrumentos de gestión ambiental, medidas administrativas, etc.	El ambiente y sus componentes como bien jurídico colectivo.

Autoridad competente	Autoridades administrativas con potestad sancionadora (OEFA, gobiernos regionales, municipalidades y otras entidades sectoriales).	Poder Judicial, a través del proceso penal, con investigación del Ministerio Público.
Acción legal empleada	Procedimiento administrativo sancionador iniciado por fiscalización, supervisión o denuncia administrativa.	Investigación penal iniciada por denuncia y/o actuación del Ministerio Público.
Valoración probatoria	Se basa en el principio de verdad material y en la valoración administrativa de los medios probatorios.	Requiere prueba suficiente para acreditar responsabilidad penal más allá de duda razonable.
Objeto del procedimiento	Garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental y corregir conductas infractoras.	Sancionar conductas que generan daño o peligro grave al ambiente y reprochar penalmente al responsable.
Tipología de sanciones	Multas administrativas, medidas correctivas, paralización de actividades, decomisos, clausura temporal o definitiva.	Pena privativa de libertad, multa penal, inhabilitación u otras consecuencias penales.
Gravedad/lesividad	Generalmente incumplimientos regulatorios o administrativos (falta de permisos, incumplimiento de estándares o instrumentos ambientales).	Conductas especialmente graves que generan daño significativo o peligro para el ambiente (contaminación grave, minería ilegal, tráfico de fauna, tala ilegal agravada, entre otros).
Responsabilidad de personas jurídicas	Las empresas pueden ser sancionadas administrativamente de forma directa.	La responsabilidad penal recae principalmente en personas naturales, aunque pueden existir consecuencias jurídicas para personas jurídicas según normativa penal.
Relación entre ambos regímenes	Puede coexistir con el proceso penal; la sanción administrativa no excluye necesariamente la persecución penal.	La comisión de un delito ambiental no impide la aplicación de sanciones administrativas si corresponde.

Nota. Elaboración propia a partir del Código Penal, TUO de la Ley n.º 27444, Resolución de Consejo Directivo n.º 027-2017-OEFA/CD, Ley General del Ambiente, etc.

6. CONCLUSIONES

El XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal de 2023 significó un espléndido escenario para abordar justicia ambiental desde las salas penales y abrió nuevamente el debate de la delimitación entre ilícito administrativo y delito ambiental, que hemos expuesto con detalle y fuente actualizada.

El derecho ambiental contemporáneo permite «viabilizar actividades humanas y económicas que implican un impacto en el ambiente sin causar efectos dañinos prolongados, irremediables o irreparables» (San Martín, 2023, p. 79). No es impedir actividades o proyectos, sino buscar un equilibrio adecuado, el cual hoy llamamos sostenibilidad.

La tendencia (histórica) ha demostrado que a lo penal poco le ha interesado lo administrativo y ese desinterés ha llevado a una extensión irrazonable de la regulación penal, como bien aduce García Cavero. Entonces, la equiparación entre ilícito administrativo y delito ambiental es tendenciosa, donde hemos corroborado que el fiscal y el OEFA la defienden y, claro, genera un escenario injusto donde el juez penal debe erigirse, aunque habiendo tenido oportunidades para zanjar el tema, no lo ha hecho.

Así las cosas, el derecho penal es la última ratio de la aplicación de la justicia, por lo que se le deja lo más grave; mientras que lo que no lo es, se infiere, corresponde a lo administrativo. Eso no es una afirmación referida a su importancia, sino a la aplicación sustantiva de una especialidad determinada.

Los delitos ambientales son de especial construcción, son tipos penales en blanco y para poder cubrir ello es esencial la actuación de la Administración pública, la cual se presenta mediante el informe fundamentado que tiene contenido definido legalmente. Las conclusiones del informe no deben ser vinculantes para el fiscal o el juez, sino que deben valorarlas para una correcta utilización y no basarse exclusivamente, en el caso del fiscal, en su contenido para acusar. En consecuencia, el informe fundamentado no constituye un requisito de procedibilidad para formalizar investigación.

Hemos advertido que para fiscales y jueces es suficiente la vulneración de la norma ambiental para que haya delito; sin embargo, hemos demostrado que no es así. Del daño al riesgo y al delito hay varios pasos, no existen equivalencias.

Finalmente, concretamos un aspecto clave: hemos elaborado criterios de delimitación de la infracción administrativa con el delito ambiental, pero además propuesto la línea de acción que estimamos acertada en el rol del fiscal y del juez, todo lo cual demostramos y sujetamos a crítica académica oportuna.

REFERENCIAS

- Baldwin, R. (1990). Why Rules Don't Work. *The Modern Law Review*, 53(3), 321-337. <http://www.jstor.org/stable/1096474>
- Caro Coria, D. C. (1999). *El derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*. Gráfica Horizonte.
- Caro Coria, D. C. (2023). XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal: «Delitos ambientales. Diferencias entre infracción administrativa y delitos de contaminación ambiental». *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/xii-pleno-jurisdiccional-supremo-materia-penal-delitos-ambientales-diferencias-infraccion-administrativa-delitos-contaminacion-ambiental/>
- Chirino Betancourt, Y., López, E., y Peñaloza, A. (2016). Daños y delitos ambientales como conceptos discernibles en la enseñanza de la Química del Instituto Pedagógico de Caracas. Estudio preliminar desde la perspectiva estudiantil. *Revista de Investigación*, 40(88), 176-201.
- Esteve Pardo, J. (2017). *Derecho del medio ambiente* (4.^a ed.). Marcial Pons.
- Fuentes Osorio, J. L. (2012). Accesoriedad administrativa y delito ecológico, en *pro manuscripto*. En E. J. Pérez Alonso, E. Arana García, J. L. Serrano Moreno y P. Mercado Pacheco (coords.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente* (pp. 707-734). Tirant lo Blanch.

- García Caveró, P. (2015). *Derecho penal económico. Parte especial* (2.^a ed.). Instituto Pacífico.
- Gob.pe (2024, 14 de enero). *Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Sinefa)*. <https://www.gob.pe/27134-organismo-de-evaluacion-y-fiscalizacion-ambiental-sistema-nacional-de-evaluacion-y-fiscalizacion-ambiental-sinefa>
- Grandez Barrón, P. (2024). *Régimen jurídico del daño ambiental. Prevención, reparación y gestión de riesgos*. Palestra.
- Heine, G. (1993). Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 46(1), 289-315.
- Hurtado Huaila, A. C. (2023, 2 de octubre). La utilidad probatoria del informe fundamentado. Regulado en el art. 149 de la Ley 28611. Ley General del Ambiente con relación al delito de contaminación ambiental. *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/utilidad-probatoria-informe-fundamentado-regulado-art-149-ley-28611-ley-general-ambiente-relacion-delito-contaminacion-ambiental/>
- Lanegra Quispe, I. (2013). El daño ambiental en la Ley General del Ambiente. *Derecho PUCP*, (70), 187-196. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201301.009>
- Martín Mateo, R. (2005). *Manual de derecho administrativo* (24.^a ed.). Aranzadi.
- Mateo, M. (2015). Valoración de los daños ambientales. *Revista de Derecho Ambiental*, 1(1), 49-71. <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36443>
- Morón Urbina, J. C. (2020). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Derecho & Sociedad*, (54), 17-43.
- Prats Canut, J. M. (1996). De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. En G. Quintero (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal* (pp. 1506-1539). Aranzadi.

- Reátegui Sánchez, J. (2006). *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores.
- Rebollo Puig, M. (dir.). (2017). *Derecho administrativo. Modos y medios de la actividad administrativa* (t. III). Tecnos.
- San Martín Villaverde, D. (2022a). *El derecho minero*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- San Martín Villaverde, D. (2023). El derecho ambiental del enemigo: un estudio de la ilegalidad y una nueva (y necesaria) tendencia del derecho ambiental. *Justicia Ambiental*, 3(3), 71-91.
- Sánchez Povis, L. A. (2020). La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. *Ius et Veritas*, (60), 38-64.
- Tirado Barrera, J. A. (2011). Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la Administración pública. *Derecho & Sociedad*, (37), 251-262. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13177>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Decreto Legislativo n.º 635. Código Penal (8 de abril de 1991).
- Decreto Legislativo n.º 1351. Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana. *Diario Oficial El Peruano* (7 de enero de 2017).
- Decreto Legislativo n.º 1013. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente. *Diario Oficial El Peruano* (14 de mayo de 2008).
- Decreto Supremo n.º 007-2017-MINAM. Aprueban Reglamento del numeral 149.1 del artículo 149 de la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente. *Diario Oficial El Peruano* (5 de septiembre de 2017).
- Ley n.º 28611. Ley General Ambiente. Congreso de la República (2005).

Ley n.º 29263. Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente. *Diario Oficial El Peruano* (2 de octubre de 2008).

Ley n.º 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. *Diario Oficial El Peruano* (5 de marzo de 2009).

Resolución de Consejo Directivo n.º 027-2017-OEFA/CD. Aprueban el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. *Diario Oficial El Peruano* (12 de octubre de 2017). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/7888201/217645-6643370-resolucion-de-consejo-directivo-n-027-2017-oefa-cd-el-peruano.pdf?v=1744051523>

Resolución de Presidencia del Consejo Directivo n.º 035-2013-OEFA/PCD. Ministerio del Ambiente (11 de marzo de 2013). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/299999/d221138_opt.pdf?v=1553122565

Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS. *Diario Oficial El Peruano* (25 de enero de 2019).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Uso de herramientas de inteligencia artificial

El autor declara que no utilizó herramientas de inteligencia artificial en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Agradecimientos

El autor agradece a Mariana del Pilar Apaza Calderón por sus observaciones y sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

Diego San Martín Villaverde es abogado por la Universidad de Lima, máster en Planificación Territorial y Gestión Ambiental por la Universitat de Barcelona (España) y doctor en Derecho por la Universidad de Jaén (España). Cuenta con estudios de postdoctorado en la Universidad de Bolonia (Italia). Es miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la PUCP (GIDA). Es miembro del Consejo Directivo de la Red Latinoamericana de Derecho Minero (REDMIN) y de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental (CMDA) de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Es profesor de Derecho de la Minería en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeña como director del Área de Derecho Minero y de Corporativo de Caro & Asociados.

Correspondencia

dsanmartin@pucp.edu.pe